

Der unterbliebene Schwangerschaftsabbruch als zivilrechtlicher Haftungsgrund

Arno Debo

**Der unterbliebene Schwangerschaftsabbruch
als zivilrechtlicher Haftungsgrund**

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von

Arno Debo

1986

Referent: Professor Dr. Canaris
Korreferent: Professor Dr. Heldrich
Tag der mündlichen Prüfung:
30. Juli 1986

Inhalt

1. Einleitung und Themenabgrenzung

2. Vertragliche Schadensersatzansprüche

2.1. Vom BGH entschiedene Fälle

2.2. Vertragliche Schadensersatzansprüche der Mutter

- 2.2.1. Die Rechtsnatur des Behandlungsvertrages
- 2.2.2. Der Umfang der ärztlichen Vertragspflichten
- 2.2.3. Die Rechtmäßigkeit eines gemäß § 218a StGB indizierten Schwangerschaftsabbruchs
- 2.2.4. Die Entstehung eines Schadens
 - 2.2.4.1. Das Kind als Schaden
 - 2.2.4.2. Die Unterhaltsbelastung als Schaden
- 2.2.5. Die Kausalität der Vertragsverletzung für den Unterhaltsschaden
- 2.2.6. Die Zurechenbarkeit des Unterhaltsschadens
 - 2.2.6.1. Adäquanz
 - 2.2.6.2. Schutzbereich des Vertrages
 - 2.2.6.3. Allgemeines Lebensrisiko
 - 2.2.6.4. Verstoß gegen die Menschenwürde
- 2.2.7. Die Folge der Geburt eines gesunden Kindes
- 2.2.8. Der Umfang des Schadensersatzes
- 2.2.9. Weitere Schäden der Mutter

2.3. Vertragliche Schadensersatzansprüche des Vaters

- 2.3.1. Ansprüche aus § 1357 BGB
- 2.3.2. Der Behandlungsvertrag als Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten des Vaters

2.4. Vertragliche Schadensersatzansprüche des Kindes

- 2.4.1. Generelle Aktivlegitimation des Kindes
- 2.4.2. Der Behandlungsvertrag als Vertrag zugunsten des Kindes
- 2.4.3. Der Schaden des Kindes
 - 2.4.3.1. Gesundheitsverletzung
 - 2.4.3.2. "Unwertes Leben" als Schaden
 - 2.4.3.3. Recht des Kindes auf "Nichtexistenz"
 - 2.4.3.4. Vermögensschaden
- 2.4.4. Die Zurechenbarkeit des Vermögensschadens

3. Deliktische Ansprüche

3.1. Schadensersatzansprüche der Mutter

- 3.1.1. Die Geburt als Körperverletzung der Mutter
- 3.1.2. Der Umfang des Schadensersatzanspruchs
- 3.1.3. Das Haben eines behinderten Kindes als Gesundheitsverletzung
- 3.1.4. Ansprüche aus fehlgeschlagener Familienplanung

3.2. Schadensersatzansprüche des Vaters

- 3.2.1. Das Haben eines behinderten Kindes als Gesundheitsverletzung
- 3.2.2. Ansprüche aus fehlgeschlagener Familienplanung

3.3. Schadensersatzansprüche des Kindes gegen den behandelnden Arzt

3.4. Schmerzensgeldansprüche

3.4.1. Ansprüche der Eltern

3.4.2. Ansprüche des Kindes

4. Ansprüche des Kindes gegen seine Eltern

4.1. Ansprüche wegen einer Zeugung in Kenntnis eines genetischen Risikos oder anderer Gefahren

4.2. Ansprüche wegen eines unterbliebenen Schwangerschaftsabbruchs

5. Beweislast

5.1. Statthaftigkeit eines prima facie Beweises

5.2. Zulässigkeit einer Beweislastumkehr

6. Zusammenfassung

Literatur1. Lehr- und Handbücher, Aufsätze

- ADOMEIT Die besondere Entscheidung:
Die mißglückte Sterilisation
Jura 1981, 196 ff
- ARETZ Zum Ersatz des Schadens, nicht abgetrieben
worden zu sein
JZ 1984, 719 ff
- BAUMGÄRTEL Handbuch der Beweislast im Privatrecht Band I
Köln, Berlin, Bonn, München 1981
- v.CAEMMERER Aufwendungen für eine Haftungsfreistellung
bei der Anmietung von Ersatzwagen
VersR 1971, 973 ff
- CANARIS Ansprüche wegen positiver Vertragsverletzung
und Schutzwirkung für Dritte bei nichtigen
Verträgen
JZ 1965, 475 ff
Bankvertragsrecht
2. Auflage, Berlin 1981
- CORNISH "Public Policy" und das ungewollte Kind -
Entwicklungen in der englischen Rechtsprechung
VersR 1983, 1117 f
- DEUCHLER Die Haftung des Arztes für die unerwünschte
Geburt eines Kindes ("wrongful birth") -
eine rechtsvergleichende Darstellung des
amerikanischen und deutschen Rechts
Frankfurt, Bern, New York, Nancy 1984

- DEUTSCH Arztrecht und Arzneimittelrecht
 Berlin, Heidelberg 1983
- Anmerkung zum Urteil des OLG Bamberg vom
 6.2.1978
- JZ 1978, 532 ff
- Anmerkung zum Urteil des BGH vom 18.1.1983
- JZ 1983, 451 f
- Unerwünschte Empfängnis, unerwünschte Geburt
 und unerwünschtes Leben verglichen mit wrong-
 ful conception, wrongful birth und wrongful
 life des anglo-amerikanischen Rechts
- MDR 1984, 793 ff
- U. DIEDERICHSEN Die Haftung des Warenherstellers
 München und Berlin 1967
- Unterhaltskosten als Vermögensschaden
- VersR 1981, 693 ff
- DÖLLE Familienrecht Band I
 Karlsruhe 1964
- V. EMMERICH Anmerkung zum Urteil des BGH vom 22.11.1983
- JuS 1984, 642 f
- W. ESSER Die Rechtswidrigkeit des Aborts
- MedR 1983, 57 ff
- ESSER/SCHMIDT Schuldrecht Band I
6. Auflage, Heidelberg 1984
- FISCHER "Wrongful life": Haftung für die Geburt
 eines behinderten Kindes
- JuS 1984, 434 ff
- Schadensersatz wegen unterbliebener Abtreibung
- NJW 1981, 1991 f
- FUCHS Die zivilrechtliche Haftung des Arztes
 aus der Aufklärung über Genschäden
- NJW 1981, 610 ff

- GERNHUBER Lehrbuch des Familienrechts
3. Auflage, München 1980
- Drittwirkungen im Schuldverhältnis kraft
 Leistungsnähe
 in Festschrift für Nikisch
 Tübingen 1958
- D. GIESEN Die zivilrechtliche Haftung des Arztes
 bei neuen Behandlungsmethoden und Experimenten
 Bielefeld 1976
- Geburt eines Kindes - Wertverwirklichung oder
 Schadensereignis?
 FamRZ 1970, 565 ff
- Recht und medizinischer Fortschritt
 JR 1984, 221 ff
- Wandlungen des Arzthaftungsrechts
 2. Auflage, Tübingen 1984
- Anmerkung zum Urteil des BGH vom 27.11.1984
 JZ 1985, 334 ff
- HAGEN Ethische Aspekte des Schadensersatzes
 SchlHA 1982, 2 ff
- HELDRIICH Der Deliktsschutz des Ungeborenen
 JZ 1965, 593 ff
- Schadensersatz bei fehlgeschlagener
 Familienplanung
 JuS 1969, 455 ff
- A. KAUFMANN Zur ethischen und strafrechtlichen Beurteilung
 der sogenannten Früheuthanasie
 JZ 1982, 481 ff
- KLUTH Zur Rechtsnatur der indizierten Abtreibung
 - Analyse und Auslegung des § 218a StGB -
 FamRZ 1985, 440 ff

- KÖPCKE § 218 StGB: Ein alter Streit auf neuen Bahnen
ZRP 1985, 161 ff
- LANGE Schadensersatzrecht
Tübingen 1979
- LANKERS Zur Abwälzung von Unterhaltskosten
FamRZ 1969, 384 ff
- LARENZ Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen
Rechts
6. Auflage, München 1983
Lehrbuch des Schuldrechts Band I
13. Auflage, München 1982
Lehrbuch des Schuldrechts II
12. Auflage, München 1981
- LAUFS Haftung für Nachkommenschaftsschäden
nach § 823 BGB
NJW 1965, 1053 ff
Arztrecht
2. Auflage, München 1978
- LÖWE Anmerkung zum Urteil des LG Itzehoe vom
21.11.1968
VersR 1969, 573 f
- MÄDRICH Das allgemeine Lebensrisiko
Berlin 1980
- MARTIUS Lehrbuch der Geburtshilfe
10. Auflage, Stuttgart 1981
- MEDICUS Bürgerliches Recht
11. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1983
Zivilrecht und werdendes Leben
München 1985
- MERTENS Ein Kind als Schadensfall?
FamRZ 1969, 251 ff

VIII

- MÜLLER Die "ganz herrschende Meinung" als
Entscheidungsgrund - zur Prüfungsbedürftigkeit
der Rechtfertigungsthese nach § 218a StGB
NJW 1984, 1798
- MURKEN/STENGEL - RUTKOWSKI
Pränatale Diagnostik
Stuttgart 1978
- PLUM Schwangerschaftsbetreuende Medizin vor
neuen Haftungsrisiken
VersR 1982, 722 ff
- RABEL Das Recht des Warenkaufs I
Berlin und Leipzig 1936
- REINELT Schadensersatz beim Kauf empfängnisverhütender
Mittel
FamRZ 1970, 572 ff
- RHEINSTEIN Rechtswidrige Erzeugung menschlichen Lebens -
ein neuer Grund deliktischer Haftung?
in Festschrift für Fritz von Hippel
Tübingen 1967
- SAX Der verbrechenssystematische Standort der
Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch
JZ 1977, 326 ff
- SCHIEMANN Schmerzensgeld für fehlgeschlagene Sterilisation
JuS 1980, 709 ff
- SCHLUND Anmerkung zum Urteil des OLG München vom
27.2.1981
ArztR 1982, 66 ff
- SCHÜNEMANN Schadensersatz für mißgebildete Kinder
bei fehlerhafter genetischer Beratung
Schwangerer
JZ 1981, 574 ff

- SELB Schädigung des Menschen vor Geburt -
 ein Problem der Rechtsfähigkeit?
 AcP 166 (1966), 77 ff
- Eltern wider Willen
 JZ 1971, 201 ff
- SIEGER Zum Schadensersatzanspruch wegen unterbliebener
 Abtreibung im englischen Recht
 VersR 1982, 735 f
- STAUB Die positiven Vertragsverletzungen
 2. Auflage, Berlin 1913
- STOLL Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche
 Mittel
 AcP 176, 145 ff
- Zur Deliktshaftung für vorgeburtliche
 Gesundheitsschäden
 in Festschrift für Nipperdey I
 München und Berlin 1965
- STÜRNER Zur Gerechtigkeit richterlicher Schadenszuweisung
 VersR 1984, 297 ff
- Das nicht abgetriebene Wunschkind als Schaden
 FamRZ 1985, 753 ff
- WESSELS Strafrecht besonderer Teil I
 6. Auflage, Heidelberg 1982
- E. WOLF Allgemeiner Teil des BGB
 Köln, Bonn, Berlin, München 1973
- ZIMMERMANN Schadensbemessung nach Billigkeit:
 Die Entscheidungen des BGH zum Ladendiebstahl
 und zur fehlgeschlagenen Familienplanung
 JZ 1981, 86 ff.

2. Kommentare

DAS BÜRGERLICHE GESETZBUCH (RGRK)

12. Auflage, 44. Lieferung §§ 823 - 831

Bearbeiter : Steffen

Berlin 1981

DREHER / TRÖNDLE : STRAFGESETZBUCH UND NEBENGESETZE

42. Auflage

München 1985

MÜNCHNER KOMMENTAR ZUM BÜRGERLICHEN GESETZBUCH

BAND I 2. Auflage, Redakteur Säcker

München 1984

BAND II 2. Auflage, Redakteur Heinrichs

München 1985

BAND III 2. Halbband, 2. Auflage

Redakteur Ulmer

München 1986

BAND V

Redakteur Rebmann

München 1978

PALANDT : BÜRGERLICHES GESETZBUCH

44. Auflage

bearbeitet von : Bassenge , Diederichsen ,

Edenhofer , Heinrichs ,

Heldrich , Putzo , Thomas

München 1985

SCHÖNKE / SCHRÖDER : STRAFGESETZBUCH

21. Auflage

München 1982

STAUDINGER : KOMMENTAR ZUM BÜRGERLICHEN GESETZBUCH

2. BUCH : RECHT DER SCHULDVERHÄLTNISSE

Redakteur : Medicus

12. Auflage

Berlin 1983

5. TEIL

Redakteur : Schäfer

10./11. Auflage

Berlin 1975

1. Einleitung

Wie von Deutsch bereits 1978 angekündigt¹, mußte sich der Bundesgerichtshof in letzter Zeit in drei Urteilen² mit dem im angloamerikanischen Rechtskreis als "wrongful life"³ bezeichneten Themenkreis befassen.

Die vorliegende Arbeit behandelt die mit diesen und anderen Urteilen aufgeworfenen Fragen über Schadensersatzansprüche wegen der Geburt eines behinderten Kindes infolge eines unterbliebenen Schwangerschaftsabbruchs.

Nicht Gegenstand dieser Darstellung sind hingegen die in Großbritannien⁴ und den USA⁵ zu diesem Themenkomplex ergangenen Entscheidungen. Dort wurden Ansprüche des Kindes überwiegend abgelehnt. Ein näheres Eingehen auf diese Entscheidungen würde jedoch den Rahmen dieser Arbeit sprengen⁶.

Darüber hinaus können die in diesen Urteilen enthaltenen Gedankengänge nur bedingt für den deutschen Rechtskreis erschlossen werden⁷. Zwar sind die Interessenlagen der Beteiligten in Großbritannien und den USA nicht anders als in Deutschland, aber das Case Law

1 JZ 1978, 532

2 BGHZ 86, 240 = NJW 1983, 1371 ff, BGHZ 89, 95 = NJW 1984, 658 ff, BGH NJW 1985, 671

3 Nach Fischer NJW 1981, 1991 Fn 3 und Deutsch MDR 1984, 794 Fn 12 entstammt der Ausdruck aus Zepeda v. Zepeda 190 N. E. 2d 849 (1963); ausführlich zu diesem Fall: Rheinstein in Festschrift für F. v. Hippel (1967) S. 373 ff und Heldrich JZ 1965, 593

4 z.B.: Mc Kay v. Essex Health Authority (1982) 2 W. L. R. 890 ff; siehe dazu: Sieger VersR 1982, 735 f und Cornish VersR 1983, 1117 f

5 z.B.: Park v. Chessin 400 N. Y. S. 2d 110 (App. Div 1977) weitere Urteile zitiert bei Fischer JuS 1984, 435 Fußnoten 7-9;

6 siehe dazu Deuchler: Die Haftung des Arztes für die unerwünschte Geburt eines Kindes - eine rechtsvergleichende Darstellung des amerikanischen und deutschen Rechts

7 so auch BGHZ 86, 240 (250); Fuchs NJW 1981, 611

System des angloamerikanischen Rechts läßt eine Übertragung der Argumente auf den deutschen Rechtskreis nur in sehr eingeschränktem Umfang zu.

Der Begriff "wrongful life" läßt sich nicht befriedigend mit einem deutschen Schlagwort übersetzen. Gemeint ist damit das Leben, das ein Mensch zu führen gezwungen ist, der mit einem Makel¹ geboren wurde. Vor allem sind damit Ansprüche desjenigen gemeint, der infolge einer vorgeburtlichen Schädigung, etwa einer Infektion, oder einer bereits genetisch bedingten Fehlentwicklung geistig oder körperlich schwer- bis schwerstbehindert geboren wurde, wobei die Möglichkeit bestand, seine Geburt zu verhindern.

Im Fall *Mc Kay v. Essex Health Authority*² wurde die rechtliche Problematik in Bezug auf das Kind wie folgt formuliert: "...whether the child has also a case of action for being allowed to enter life damaged - what has been called "wrongful life""³.

Ansprüche der Eltern eines solchen Kindes werden im angloamerikanischen Recht unter dem Stichwort "wrongful birth" erörtert⁴.

In der vorliegenden Arbeit sollen einmal die finanziellen Ansprüche der Eltern und zum anderen Ansprüche des Kindes selbst behandelt werden.

Diese Erörterung wirft vielfältige Probleme auf. Zunächst ergibt sich eine Reihe juristischer Probleme. Weiter ergibt sich aber auch die Schwierigkeit, daß mit Fragestellungen wie: "Ist es besser, nicht geboren zu sein, als schwerbehindert zu sein", moralische,

¹ Ausdruck von Selb AcP 166, 112

² Court of Appeal (London) Law Report 1982, S 1167 ff

³ a. a. O. S 1175

⁴ so z.B.: Sarno in ALR (American Law Report) 83; 3d; S. 17

zur englischen Terminologie siehe Deutsch MDR 84, 793 und Deuchler a. a. O. S. 35 f

religiöse und auch politische Aspekte verbunden sind. Diese Verknüpfung erschwert die unvoreingenommene, rein juristische Betrachtung, sofern diese überhaupt möglich sein sollte.

Häufig wird in dem zu diesem Themenkreis vorliegenden Schrifttum und auch in den dazu ergangenen Urteilen deutlich, daß die Autoren, beziehungsweise die erkennenden Richter, sich sehr von ihren weltanschaulichen und religiösen Anschauungen haben leiten lassen. Das ist auch verständlich, da Themen, wie der Schwangerschaftsabbruch, Emotionen hervorrufen, und sich über diese Themen noch kein allgemeiner Grundkonsens herausgebildet hat¹.

Erschwerend wirkt auch die jüngste deutsche Geschichte, in der insbesondere zur Frage der sogenannten Rassenhygiene Ideologien in praktische Politik umgesetzt wurden, die nicht nur mit dem heutigen Grundgesetz nicht zu vereinbaren sind.

Dies alles hat zur Folge, daß bei diesem Themenkreis nur allzu oft Argumente, die nicht aus dem juristischen Instrumentarium stammen, in eine scheinbar juristische Argumentation verwandelt werden.

¹ siehe dazu nur Köpcke: § 218 StGB:

Ein alter Streit auf neuen Bahnen ZRP 1985, 161 ff

2. Vertragliche Schadensersatzansprüche gegen den behandelnden Arzt

2.1. Vom BGH entschiedene Fälle

Einleitend sollen kurz die drei bisher vom BGH entschiedenen Fälle geschildert werden.

Im ersten Fall¹ war eine verheiratete Frau in den ersten Wochen einer an sich erwünschten Schwangerschaft an Röteln erkrankt. Der sie behandelnde Gynäkologe erkannte diese Erkrankung nicht. In der Folge brachte die Frau 1977 eine körperlich und geistig schwerstbehinderte Tochter zur Welt² ("Rötelnfall").

Im zweiten Fall³ fragte eine damals fast 39 Jahre alte, ebenfalls verheiratete Schwangere anlässlich einer Kontrolluntersuchung den behandelnden Arzt, ob in Anbetracht ihres Alters die Gefahr bestünde, ein mongoloides Kind zu bekommen und ob deshalb eine Fruchtwasseruntersuchung (Amniozentese) angezeigt sei. Der Arzt verneinte dies fälschlicherweise. 1978 brachte die Frau einen mongoloiden Sohn zur Welt.

Im dritten Fall⁴ wollte eine ledige Schwangere aus einer sozialen Notlage heraus einen Schwangerschaftsabbruch vornehmen lassen, der jedoch fehlschlug. Der behandelnde Arzt hätte das Fortbestehen der Schwangerschaft erkennen müssen. Die Mutter weigerte sich in der Folgezeit, den später einzig noch möglichen, medizinisch indizierten Schwangerschaftsabbruch durchführen zu lassen.

Im folgenden soll zunächst untersucht werden, ob in diesen und ähnlich gelagerten Fällen der Mutter eines behinderten Kindes vertragliche Schadensersatzansprüche zustehen können.

1 BGHZ 86, 240 = NJW 1983, 1371 ff

2 Zu den Details der Behinderung:
siehe den Sachverhalt in OLG München NJW 1981, 2012

3 BGHZ 89, 95 = NJW 1984, 658 ff

4 BGH NJW 1985, 671 ff

2.2. Vertragliche Schadensersatzansprüche der Mutter

2.2.1. Die Rechtsnatur des Behandlungsvertrags

Der zwischen einem Patienten beziehungsweise einer Patientin und dem behandelnden Arzt geschlossene Vertrag ist nach herrschender Meinung¹ in der Regel ein Dienstvertrag im Sinne von § 611 BGB, da der erwünschte Erfolg, die Heilung, auch von Faktoren abhängt, die ein Arzt nicht vollständig beherrschen kann². Deshalb ist der Arzt lediglich verpflichtet, die gebotene medizinische Behandlung ordentlich und nach den Regeln der ärztlichen Kunst vorzunehmen³.

Das gilt auch für die hier zu erörternden Fälle, da ein Gynäkologe, der eine Frau während ihrer Schwangerschaft betreut, nicht für einen normalen Schwangerschaftsverlauf mit anschließender, komplikationsloser Geburt eines gesunden Kindes garantieren kann. Man würde etwas Unmögliches fordern, wenn man von ihm verlangen würde, für diesen konkreten Fall einzustehen.

Auch der Behandlung von Kassenpatienten liegt ein Dienstvertrag im Sinne von § 611 BGB zugrunde⁴. Dieser verpflichtet den Arzt dem Patienten gegenüber zur Sorgfalt nach den Vorschriften des bürgerlichen Vertragsrechts, wie sich aus § 368 d IV RVO ergibt.

Da im Dienstvertragsrecht eine Schadensersatz begründende, gesetzlich fixierte Anspruchsgrundlage für Schlechterfüllung in Fällen wie diesen fehlt, können vertragliche Schadensersatzansprüche nur auf die auf

¹ z.B.: Palandt/Putzo Einf. vor § 611 2a bb; Larenz SchuR II § 52 I; D. Giesen: Wandlungen des Arzthaftungsrechts S. 53

² Larenz SchuR II § 52 I; a A für die Fälle der fehlgeschlagenen Sterilisation: Adomeit Jura 1981, 197

³ Giesen: Die zivilrechtliche Haftung des Arztes bei neuen Behandlungsmethoden S. 11

⁴ z.B.: Laufs: Arztrecht S. 13; Palandt/Putzo vor § 611 2a bb; Deutsch: Arztrecht und Arzneimittelrecht S. 18

Hermann Staub¹ zurückgehende und inzwischen gewohnheitsrechtlich anerkannte² Rechtsfigur der positiven Vertragsverletzung (Forderungsverletzung) gestützt werden. Daher ist der Umfang der ärztlichen Vertragspflichten zu untersuchen.

2.2.2. Der Umfang der ärztlichen Vertragspflichten

Eine Schwangere konsultiert einen Gynäkologen, um die Auswirkung der Schwangerschaft auf die eigene Gesundheit durch einen Spezialisten beobachten zu lassen und gegebenenfalls ärztliche Behandlungen vornehmen zu lassen. Darüber hinaus soll die Behandlung und Beratung der Schwangeren auch dazu dienen, die Entwicklung des Kindes zu kontrollieren und, soweit möglich, sicherzustellen, daß diese normal verläuft.

Zur Kontrolle der Entwicklung des Kindes gehört auch die umfassende Aufklärung von Seiten des Arztes über eventuelle Risikofaktoren und Fehlentwicklungen, soweit diese nach dem jeweiligen Stand der medizinischen Erkenntnis erfolgen kann³. Diese Aufklärung ist üblich und wird von den Patientinnen erwartet.

Diese Verpflichtungen des Arztes sind auch in den Richtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen über die ärztliche Betreuung während der Schwangerschaft und nach der Entbindung (Mutterschaftsrichtlinien)⁴ enthalten. Die Richtlinien sind in Auszügen im Anhang angeführt.

¹ Staub: Die positiven Vertragsverletzungen

² Palandt/Heinrichs § 276 7 A b; Larenz SchuR I § 24 I a

³ ebenso: V. Emmerich JuS 1984, 642; Deutsch: Arztrecht und Arzneimittelrecht S. 95

⁴ Beilage zum Bundesanzeiger Nr. 22 vom 01.02.1980

In beiden vom BGH entschiedenen Fällen unterblieben die nach dem Stand der ärztlichen Kunst möglichen Hinweise auf Risiken der embryonalen Entwicklung. Damit haben die behandelnden Ärzte den Patientinnen die Informationen vorenthalten, die notwendig gewesen wären, um sich für oder gegen eine Fruchtwasseruntersuchung zu entscheiden. Das Verhalten der Ärzte war, wie es der BGH formuliert hat, dazu angetan, die Patientinnen in einer "falschen Sicherheit" zu wiegen¹.

In beiden Fällen sind die Ärzte die Aufklärung schuldig geblieben, die es den Schwangeren letztendlich ermöglicht hätte, eine Entscheidung über die Vornahme eines eugenisch indizierten Schwangerschaftsabbruchs nach § 218 a II Nr. 1 StGB zu treffen. Daher liegt ein Verschulden der Ärzte im Sinne von § 276 BGB vor.

Ein behandelnder Arzt kann sich auch nicht darauf berufen, daß er aus ethischen Gründen einen Hinweis auf die Möglichkeit eines indizierten Schwangerschaftsabbruchs oder eine Fruchtwasseruntersuchung ablehnt.

Ein Arzt, der den Schwangerschaftsabbruch generell, oder nur in bestimmten Fällen, insbesondere bei der sogenannten "sozialen Indikation" nach § 218 a II Nr.3 StGB ablehnt, käme möglicherweise in einen schweren inneren Konflikt, wenn man ihn dazu verpflichten würde, entgegen seiner Überzeugung an einem Vorgang mitwirken zu müssen, der aus seiner Sicht den ersten Schritt hin zu einer Tötungshandlung darstellt.

Diese achtenswerte Überzeugung und Einstellung hat auch der Gesetzgeber in Art. 2 I 5. StrRG vom 18.6.1974 berücksichtigt und geschützt, der lautet: "Niemand ist verpflichtet, an einem Schwangerschaftsabbruch mitzuwirken".

¹ BGHZ 89, 95 (100)

Andererseits darf eine Patientin erwarten, daß der behandelnde Gynäkologe sie objektiv und neutral berät. Dies erfordert schon das unerläßliche besondere Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patientin, das gerade bei einem Frauenarzt eine besondere Rolle spielen dürfte.

Ein Arzt darf seine persönliche Einstellung nicht einfach dadurch seiner Patientin aufzwingen, daß er bewußt jeden Hinweis auf ein genetisch oder durch andere Umstände bedingtes Risiko unterläßt. Dadurch würde der Patientin eine eigene, durch die gesetzliche Regelung des § 218 a StGB ermöglichte, Gewissensentscheidung verwehrt.

Um diesen Interessenkonflikt sachgerecht zu lösen, muß ein Arzt in einem solchen Fall die weitere Behandlung und Beratung zumindest in diesem Punkt ablehnen und die Patientin an einen Kollegen verweisen, um ihr eine eigene, sachliche Entscheidung zu ermöglichen¹.

In den vom BGH entschiedenen Fällen hatten die Ärzte solche ethischen Bedenken nicht vorgebracht.

Aus diesen Erwägungen heraus kann jedoch noch nicht auf eine Vertragsverletzung des Arztes geschlossen werden, da auch die gesetzlichen Regelungen zum Schwangerschaftsabbruch in §§ 218 ff StGB das Vertragsverhältnis beeinflussen.

¹ so auch Emmerich JuS 1984, 642

2.2.3. Die Rechtmäßigkeit eines gemäß § 218 a StGB indizierten Schwangerschaftsabbruchs

Nach § 218 a I in Verbindung mit II Nr. 1 StGB ist der Abbruch einer Schwangerschaft durch einen Arzt unter anderem dann nicht strafbar, wenn "dringende Gründe für die Annahme sprechen, daß das Kind infolge einer Erbanlage oder schädlicher Einflüsse vor der Geburt an einer nicht behebbaren Schädigung seines Gesundheitszustandes leiden würde, die so schwer wiegt, daß von der Schwangeren die Fortsetzung der Schwangerschaft nicht verlangt werden kann".

Diese Regelung wird als embryopathische, eugenische, genetische oder kindliche Indikation bezeichnet¹ und ist bei Fällen wie einer Rötelerkrankung der Mutter² oder eines drohenden Mongoloismus des Kindes³ anwendbar.

Interessant ist in diesem Zusammenhang, daß der BGH im Rahmen der Erörterung der Zumutbarkeit einer Schwangerschaft für die Mutter neben den Aspekten der drohenden, hohen finanziellen, arbeitsmäßigen und seelischen Belastung der Mutter ausdrücklich auch auf den "wrongful life" Gedanken zurückgreift⁴. Zu Recht führt der BGH aus, daß auch das ethische Interesse der Mutter Berücksichtigung finden müsse, sich nicht dem Vorwurf oder auch nur dem Selbstvorwurf auszusetzen, daß sie dem Kind nicht ein unter Umständen qualvolles und der Eingliederung in die Gesellschaft schwer zugängliches Leben erspart habe. Trotz seiner Auffassung, daß dem Kind wegen eines "wrongful life" keine finanziellen Ansprüche zustehen (siehe dazu unten 2.4.), mißt der BGH

¹ Schönke/Schröder - Eser § 218 a Rn 26

² BGHZ 86, 240 (245)

³ BGHZ 89, 95 (101)

⁴ in BGHZ 86, 240 (246)

diesem Aspekt also doch insofern Bedeutung zu, daß er ihn als ausreichend gewichtig ansieht, um - neben anderen Erwägungen - einen Schwangerschaftsabbruch zu ermöglichen.

Probleme bei der Annahme einer Vertragsverletzung ergeben sich aus der Diskussion um die Rechtsnatur der Indikationen in § 218 a StGB.

Einige Autoren¹ sind der Ansicht, ein durch § 218 a StGB indizierter Schwangerschaftsabbruch sei zwar straflos, aber dennoch als Tötungshandlung anzusehen und daher rechtswidrig.

Daraus wird zum Teil gefolgert, daß ein Arztvertrag, der einen Schwangerschaftsabbruch zum Inhalt hat, einen Verstoß gegen § 138 BGB darstelle und daher nichtig sei².

Auf die hier zu erörternden Fälle übertragen, würde diese Auffassung zu dem Ergebnis führen, daß auch im Hinweis auf die Möglichkeit eines indizierten Schwangerschaftsabbruchs ein Verstoß gegen § 138 BGB gesehen werden müßte, womit für die Annahme einer Schadensersatz begründenden Vertragsverletzung von seiten des Arztes kein Raum wäre. Dieser Ansicht kann aber aus verschiedenen Gründen nicht gefolgt werden.

Die Ansicht, § 218 a StGB sei kein Rechtfertigungsgrund, ist mit der herrschenden Meinung³ abzulehnen.

Diese Auffassung würde dazu führen, daß sich kaum ein Arzt zu einem indizierten Schwangerschaftsabbruch bereit fände, da er damit rechnen müßte, auf Grund eines

1 z.B.: Esser MedR 1983, 57 ff; Sax JZ 1977, 326 ff; wohl auch Kaufmann JZ 1982, 481 ff

2 Esser MedR 1983, 57 f; Kluth FamRZ 1985, 444

3 siehe nur: Wessels: Besonderer Teil I § 4 IV; Schönke/Schröder § 218 a Rn 5 ff mit weiteren Nachweisen
einschränkend bei den Fällen der sozialen Indikation: Stürner FamRZ 1985, 756

dann nach § 138 BGB nichtigen Vertrages über die Vornahme des Eingriffs kein Honorar zu erhalten¹. Dies widerspräche aber dem mit § 218 a StGB erstrebten Zweck, entgegen § 218 StGB in den indizierten Fällen eine Schwangerschaftsunterbrechung prinzipiell zu ermöglichen.

Die Regelung des § 218 a StGB wäre weitgehend sinnlos, wenn durch sie zwar die Straffreiheit der Beteiligten sichergestellt werden würde, nicht aber die notwendigen Voraussetzungen für einen Schwangerschaftsabbruch im Rahmen der Rechtsordnung geschaffen würden. Dies würde zwangsläufig illegale Praktiken fördern und käme nur "Abtreibungsinstituten" in Hinterhöfen zugute.

Das Bundesverfassungsgericht vertritt in seiner Entscheidung zur Zulässigkeit des Schwangerschaftsabbruchs die Auffassung: "es (das Gesetz; Anmerkung des Verfassers) soll sagen, was für den Einzelnen Recht und Unrecht ist"². Dies ist nur mit der Auslegung des § 218 a StGB als Rechtfertigungsgrund eindeutig zu erreichen.

Daß eine Beratung über die Voraussetzungen eines rechtlich zulässigen Schwangerschaftsabbruchs zum Inhalt eines rechtsgültigen Vertrages mit einem Arzt gemacht werden kann, folgt auch aus § 218 b I Nr. 2 und II Nr. 2 StGB, die eine solche Beratung als Voraussetzung für die Straflosigkeit eines Schwangerschaftsabbruchs ausdrücklich fordern.

¹ Fischer JuS 1984, 435 (allerdings in Bezug auf § 134 BGB)
² BVerfGE 39, 1, (59)

Der BGH hat zu diesem Problem unterschiedlich Stellung genommen.

Anfänglich hatte der BGH noch ausgeführt, daß ein nach §§ 218 ff. StGB strafloser Schwangerschaftsabbruch mit der ganz herrschenden Meinung jedenfalls nicht sittenwidrig sei¹ und daß eine Abrede über einen nicht gerechtfertigten Schwangerschaftsabbruch unverbindlich, weil sittenwidrig sei².

Offenbar beeinflusst durch die Kritik von G. Müller³ hat der BGH kürzlich entschieden, es käme auf die Frage, ob bei § 218 a StGB Rechtfertigungsgründe oder Strafausschließungsgründe vorlägen, nicht an⁴. Zivilrechtlich sei allein von Bedeutung, ob ein Vertrag über die Vornahme eines Schwangerschaftsabbruchs bei Vorliegen einer Indikation gegen ein gesetzliches Verbot verstoße oder sittenwidrig sei. Beides sei eindeutig nicht der Fall⁵.

Dem ist zuzustimmen. Geht man mit der herrschenden Meinung und der hier vertretenen Ansicht von der Rechtmäßigkeit eines indizierten Schwangerschaftsabbruchs aus, entfällt ein Verstoß gegen § 138 BGB und § 134 BGB.

Nimmt man lediglich einen Strafausschließungsgrund an, verstößt der Behandlungsvertrag ebenfalls nicht gegen § 134 BGB, da auch dann kein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot im Sinne von § 134 BGB vorliegt.

Auch ein Verstoß gegen § 138 BGB scheidet aus, da in einer schweren Konfliktslage die Wahrnehmung einer Möglichkeit, die der Gesetzgeber für eine schwangere Frau ausdrücklich eröffnet hat, kaum als sittenwidrig bezeichnet werden kann. Dasselbe muß dann auch für Verträge gelten, die eine solche Maßnahme erst ermöglichen.

¹ BGHZ 86, 240 (245)

² BGHZ 89, 95 (107)

³ NJW 1984, 1798 ff

⁴ so bereits Aretz JZ 1984, 720

⁵ BGH NJW 1985, 672

2.2.4. Die Entstehung eines Schadens

Um Schadensersatz erhalten zu können, muß der Betroffene - schon im Sinne des allgemeinen Sprachgebrauchs - einen Nachteil an seinem Vermögen oder an sonstigen rechtlich geschützten Gütern erlitten haben¹. Im folgenden ist daher zu untersuchen, ob mit der Geburt eines Kindes, insbesondere eines behinderten Kindes, ein solcher Nachteil entstehen kann und ob eine etwaige Einbuße im natürlichen Sinne² auch rechtlich bedeutsam ist.

2.2.4.1. Das Kind als Schaden

In diesem Zusammenhang wird gerne die Bemerkung von Diederichsen zitiert, daß Kinder nach den christlich-humanistischen Kulturvorstellungen immer als Werte anzusehen seien, mögen sie aus persönlichen, wirtschaftlichen oder sozialen Erwägungen im Einzelfall auch noch so unerwünscht sein. Eine solche Wertverwirklichung könne niemals als Schaden qualifiziert werden³.

Inwieweit die christlich-humanistischen Kulturvorstellungen, soweit diese überhaupt eindeutig festliegen, einen Maßstab für juristische Entscheidungen zu liefern in der Lage sind, ist zweifelhaft. Zuzustimmen ist Diederichsen aber insofern, daß mit der Geburt eines Kindes bereits keine Einbuße im natürlichen Sinne entsteht, sondern im Gegenteil ein Zuwachs eintritt und allein daher in der Existenz des Kindes als solcher kein Schaden für die Eltern im Sinne der §§ 249 ff BGB gesehen werden kann.

¹ Palandt/Heinrichs Vorbem. vor § 249 2

² Ausdruck von Larenz SchuR I § 27 II a

³ Diederichsen: Die Haftung des Warenherstellers S 386

Darüber hinaus ist dem BGH voll zuzustimmen, wenn er ausführt, daß die Person des Kindes kein Posten ist, der in eine Schadensbilanz eingestellt werden könnte¹. Das gilt sowohl für die Aktiv- als auch für die Passivseite der "Bilanz".

Ein Mensch ist kein Gegenstand, dessen Wert als Lebewesen in Geld ausgedrückt werden könnte. Die Epochen, in denen ein Mensch als Vermögensobjekt betrachtet werden konnte, das je nach den persönlichen Eigenschaften und je nach Nachfrage einen unterschiedlich hohen Marktwert besaß, sind glücklicherweise vorbei.

Bei der Geburt eines schwer- oder schwerstbehinderten Kindes kann nichts anderes gelten.

Zwar dürfte die Geburt eines solchen Kindes in den meisten Fällen für die betroffenen Eltern eine echte Tragödie sein und überwiegend, zumindest anfänglich, als großes Unglück betrachtet werden. Dennoch ist auch die Geburt eines behinderten Kindes für die Eltern eine Wertverwirklichung im obigen Sinne.

Auf die Frage, ob eine mit rechtlichen Kriterien vorzunehmende Bewertung menschlichen Lebens überhaupt möglich ist, braucht daher in diesem Zusammenhang nicht näher eingegangen zu werden (siehe dazu unten 2.4.3.2.).

Wenn in der bloßen Existenz eines behinderten Kindes für die Eltern kein Schaden im Sinne der §§ 249 ff BGB gesehen werden kann, ist damit jedoch noch nicht gesagt, daß kein erst an die Existenz des Kindes anknüpfender Vermögensschaden entstanden ist. Denn die Existenz des Kindes ist nur eine tatbestandliche Bedingung für das Entstehen der Unterhaltslasten gemäß §§ 1601 ff BGB².

¹ BGH NJW 1984, 2626

² Reinelt JZ 1970, 573

2.2.4.2. Die Unterhaltsbelastung als Schaden

Mit der Geburt erwirbt das Kind nach § 1601 BGB Unterhaltsansprüche gegen seine Eltern, sofern deren Voraussetzungen, insbesondere die aus §§ 1602, 1603 BGB, vorliegen. Die Mutter kann diesen Anspruch im Rahmen des § 1606 III S2 BGB durch die Pflege und die Erziehung des Kindes erfüllen.

Dieser Unterhaltsanspruch stellt aus der Sicht der Mutter, rein juristisch betrachtet, eine Verbindlichkeit dar. Er nimmt gerade bei einem behinderten Kind, insbesondere wegen der entstehenden Arzt- und Therapiekosten, einen erheblichen Umfang an, der selbst wohlhabende Eltern stark belastet.

Generell kann die Belastung mit einer Verbindlichkeit einen ersatzfähigen Vermögensschaden darstellen¹, da eine Verbindlichkeit auf der Passivseite in die nach der Differenztheorie zu erstellende "Bilanz" eingeht. Auch die Gegner der Differenztheorie bestreiten das nicht². Daher hat der BGH in seiner Rechtsprechung zur fehlgeschlagenen Sterilisation³ die Unterhaltsbelastung gegenüber einem ungewollten Kind als Schaden im Sinne von § 249 BGB anerkannt. Der Ersatz dieses Schadens erfolgt als Naturalrestitution⁴.

Gegen diese Ansicht des BGH, die dieser erneut bestätigt hat⁵, wenden sich eine Reihe von Stimmen in der Literatur⁶ und der Rechtsprechung⁷ mit dem Argument, man könne die Unterhaltsbelastung nicht aus der

¹ Larenz SchuR I § 29 II, Grunsky Münch Komm vor § 249 Rn 6

² z.B.: Grunsky Münch Komm vor § 249 Rn 6

³ grundlegend: BGHZ 76, 249; BGHZ 76, 259

⁴ Lange: Schadensersatzrecht § 5 II Fußnote 8

⁵ BGH NJW 1984, 2625

⁶ z.B.: Lankers FamRZ 1969, 387; Löwe VersR 1969, 573 f

⁷ z.B.: OLG Bamberg JZ 1978, 530

"Komplexität des Eltern-Kind-Verhältnisses" herauslösen. Dies ließe die bestehenden, immateriellen Beziehungen sowie die biologische Konnexität außer Betracht¹.

Dagegen wird zu Recht eingewendet, daß das BGB in §§ 419, 844 II, 1607 II und 1615 b BGB sehr wohl die Unterhaltsansprüche aus dem familienrechtlichen Verband herauslöst². Damit ist der Unterhalt als ersatzfähiger Schaden im geltenden Recht durchaus anerkannt³. Auch normiert das Gesetz diese Unterhaltspflicht gemäß §§ 1601 ff BGB als Ausfluß der Verwandtschaft und schichtet sie damit von den besonderen Rechtsbeziehungen der Eltern zu ihren Kindern ab⁴.

Wenn dagegen eingewendet wird, daß sich die Ansprüche des Unterhaltsberechtigten gemäß §§ 419, 844 II BGB wegen entgangenen oder nicht realisierbaren Unterhalts aus dessen Unterhaltsbedürftigkeit rechtfertigen würden und in den Fällen der §§ 1607 II S 2, 1615 b BGB Regreßgegner immer ein gesetzlich Unterhaltsverpflichteter sei⁵, kann das als Gegenargument nicht überzeugen.

Zwar sind in der Tat die Voraussetzungen der isolierten Betrachtung von Unterhaltspflichten bei den oben angeführten Bestimmungen anders, als bei den hier zu erörternden Vertragsverletzungen. Das ändert aber nichts daran, daß auch dort die Unterhaltsverpflichtungen, insbesondere bei §§ 419, 844 II BGB, aus der "biologischen Konnexität" herausgelöst werden.

Gegenteiliges folgt auch nicht, wie das OLG Bamberg meint⁶, aus Art. 6 I GG. Art. 6 I GG "fordert" eher einen Schadensersatz, als daß er ihn ausschließen würde, wenn

¹ OLG Bamberg JZ 1978, 530

² D. Giesen FamRZ 1970, 568

³ Deutsch JZ 1978, 532

⁴ Heldrich JuS 1969, 459

⁵ OLG Bamberg JZ 1978, 531

⁶ JZ 1978, 530

auch aus den Grundrechten unmittelbar keine zivilrechtlichen Schadensersatzansprüche abgeleitet werden können. Durch die Erstattung der Unterhaltskosten werden die Familienbande, und damit Ehe und Familie im Sinne von Art. 6 GG, gestärkt, da eine positive Einstellung der Eltern zu einem unerwünschten Kind durch das Entfallen der finanziellen Unterhaltsbelastung gefördert werden dürfte¹.

Schon das Reichsgericht hat in der Unterhaltspflicht gegenüber einem Kind einen ersatzfähigen Schaden gesehen².

Auch Larenz, der der isolierten Betrachtung der Unterhaltspflicht an sich skeptisch gegenübersteht³, meint, daß sich die Ablehnung der isolierten Betrachtung dogmatisch kaum begründen ließe⁴.

Abzulehnen ist die Ansicht von Lankers, die isolierte Betrachtung der Unterhaltsleistung würde die Statthaftigkeit der "Zergliederung" des Kindes voraussetzen⁵.

Von einer "Zergliederung" des Kindes kann schon deshalb keine Rede sein, weil die Unterhaltsverpflichtungen der Eltern keine Bestandteile des Kindes sind und das Kind und Unterhaltslasten kein irgendwie geartetes Ganzes bilden⁶.

Der Satz von Lankers ist ein Beispiel für emotionelle Argumentation zu diesem Themenkreis. Die Frage, ob es juristisch möglich ist, die Unterhaltsverpflichtung der Eltern isoliert zu betrachten, wird mit der "Zergliederung" des Kindes in Zusammenhang gebracht, also einer brutalen Methode der physischen Zerstörung des Kindes. Dadurch werden Emotionen geweckt, die den Leser von einer nüchternen Betrachtung abhalten.

¹ ebenso Deutsch JZ 1978, 533

² RGZ 108, 86 ff

^{3,4} SchuR I, § 29 II b

⁵ FamRZ 1969, 387

⁶ Reinelt FamRZ 1970, 573

Lankers stellt eine Behauptung auf, ohne einen Beweis zu liefern. Daß es nicht statthaft sei, die Unterhaltsbelastung als einen isolierbaren Schaden zu betrachten, wird mit einer Voraussetzung verknüpft, nämlich mit der "Zergliederung" des Kindes, ohne daß dargelegt wird, warum dies eine notwendige Voraussetzung sein soll. Darüber hinaus steckt in dieser Voraussetzung in einer anderen Formulierung eben der Gedanke, daß es nicht zulässig sei, die Unterhaltsbelastung zu isolieren, was eigentlich erst bewiesen werden sollte. Hier liegt ein "klassischer" Fall einer *petitio principii* vor.

Gewichtiger hingegen ist der auch vom BGH erörterte Einwand¹, daß eine schadensrechtlich differenzierende Betrachtungsweise ausgeschlossen sei, weil der Gesetzgeber insoweit eine ausschließliche, familienrechtliche Regelung getroffen habe.

Dieses Argument war in den sogenannten Ehestörungsfällen² für die Ablehnung eines Schadensersatzanspruchs gegen den ehebrechenden Dritten durch den BGH ausschlaggebend. Während aber in den Ehestörungsfällen zugleich Rechte und Pflichten der Eheleute aus der Ehe berührt werden, ist das hier nicht der Fall³. Hier stehen allein die Rechte der Eltern und des Kindes auf der einen Seite den Pflichten des behandelnden Arztes auf der anderen Seite gegenüber.

Daß der Aufwand der Eltern für das behinderte Kind einer familienrechtlichen Unterhaltspflicht entspricht, steht im Verhältnis zu einem verantwortlichen Dritten seiner Charakterisierung als Vermögensschaden nicht grundsätzlich entgegen⁴. Der Arzt hat keine familienrechtliche Pflicht verletzt, sondern Pflichten aus dem Vertragsverhältnis zu seiner Patientin⁵.

¹ BGHZ 76, 249 (254)

² z.B.: BGHZ 23, 215

³ BGHZ 76, 249 (254)

⁴ BGHZ 86, 240 (247)

⁵ ebenso für einen "Sterilisationsfall": OLG Karlsruhe NJW 1979, 601

Darüber hinaus ist es sehr fraglich, ob das Familienrecht wirklich einen Regelkomplex darstellt, der abschließend und nicht ergänzungsfähig ist. Die Ausführungen des BGH dazu haben bei den Ehestörungsfällen vielfältige Kritik hervorgerufen¹.

Noch ein weiteres Argument gegen die Ersatzfähigkeit des Unterhaltsschadens ist von der Diskussion über die fehlgeschlagene Sterilisation auf die hier zu erörternde Problematik des unterlassenen Schwangerschaftsabbruchs übertragbar.

Einige Stimmen² argumentieren in den Fällen der fehlgeschlagenen Sterilisation damit, daß das Kind ein Trauma erleiden könne, wenn es erfahren würde, daß es ungewollt zur Welt gekommen sei. Daher könne kein Schadensersatz geleistet werden. Dies müßte hier erst recht gelten, wo das Kind sogar erfahren würde, daß es eigentlich abgetrieben werden sollte.

Dieses Argument ist jedoch in sich unschlüssig und darüber hinaus auch unbeachtlich.

Zum einen dürfte gerade der Ersatz wenigstens der materiellen Belastungen dabei helfen, daß die Eltern eine positivere Einstellung zum behinderten Kind gewinnen, was diesem zugute käme³.

Es ist leider nicht unwahrscheinlich, daß die wirtschaftliche Belastung durch ein unerwünschtes, besonders durch ein behindertes Kind, in manchen Fällen eine Einstellung der Eltern gegenüber ihrem Kind hervorruft, die sich negativ auf das Kind auswirkt. Dies dürfte durch eine Schadensersatzleistung weitgehend verhindert werden.

¹ ablehnend u.a. Medicus: Bürgerliches Recht Rn 618 f;
Larenz: SchuR II § 72 I a;
Gernhuber: § 17 III 1

² Lankers FamRZ 1969, 386; OLG Bamberg JZ 1978, 531
³ Deutsch JZ 1978, 533; Heldrich JuS 1969, 459

Zum anderen ist nicht ersichtlich, wieso ein Arzt, der seine vertraglichen Verpflichtungen nicht erfüllt, durch diesen Umstand entlastet werden sollte. Dem Schädiger steht es auf keinen Fall an, sich unter dem Vorwand einer solchen psychologischen Rücksichtnahme auf das Kind seinen Verpflichtungen zu entziehen¹. Innerhalb der hier allein in Frage stehenden schadensrechtlichen Beurteilung ist dieses Argument überhaupt fehl am Platze².

Die innere Einstellung der Eltern zu ihrem Kind spielt für die Ersatzfähigkeit des Unterhaltsschadens keine Rolle. Auch wenn die Eltern das Kind im nachhinein lieb gewinnen und es trotz oder gerade wegen seiner Behinderung als ihr Kind akzeptieren, kann dies den einmal eingetretenen Vermögensschaden nicht beseitigen.

Das hat der BGH in einer neueren Entscheidung³ zu einer fehlgeschlagenen Sterilisation klar zum Ausdruck gebracht, nachdem er in seinen Grundsatzentscheidungen⁴ zu diesem Themenkreis noch mißverständlich davon gesprochen hatte, daß als Voraussetzung für einen Schadensersatzanspruch die Empfängnis des Kindes "unerwünscht" gewesen sein müsse⁵ und das dennoch geborene Kind im Sinne der Familienplanung "ein unerwünschtes" gewesen sein müsse⁶.

Das Kind muß nur in dem Sinne "unerwünscht" sein, daß die Eltern tatsächlich auf das Kind verzichtet hätten, wenn die Möglichkeit, die Geburt des Kindes zu verhindern, nicht durch den behandelnden Arzt vereitelt worden wäre. Denn ansonsten entfielen der innere Grund

1,2 BGHZ 76, 249 (255)

3 BGH NJW 1984, 2625

4 BGHZ 76, 249; BGHZ 76, 259

5 BGHZ 76, 249 (256)

6 BGHZ 76, 259 (263); kritisch dazu Stürner FamRZ 1985, 756

der Zurechnung des Schadens zur Vertragsverletzung, nämlich die Störung der Familienplanung¹ (siehe auch unten 2.2.6.2.).

Aus der Feststellung eines Schadenseintritts folgt aber noch nicht, daß der behandelnde Arzt den Unterhaltsschaden auch ersetzen muß. Im folgenden ist die Kausalität der Vertragsverletzung für den Schaden und dessen Zurechenbarkeit zu untersuchen.

2.2.5. Die Kausalität der Vertragsverletzung für den Unterhaltsschaden

Wenn man voraussetzt, daß die Schwangere im Falle der ordnungsgemäßen Aufklärung durch den behandelnden Arzt einen legalen Schwangerschaftsabbruch nach § 218 a II Nr. 1 StGB hätte vornehmen lassen, war die unterlassene Aufklärung für den eingetretenen Schaden im juristischen Sinne kausal.

Hätte der Arzt die Schwangere gemäß dem Stand der ärztlichen Kunst beraten, so hätte diese einen Schwangerschaftsabbruch vornehmen lassen, das Kind wäre nicht geboren worden und ein Unterhaltsanspruch wäre nicht entstanden.

Auf die Frage der Beweislast für die Bereitschaft der Schwangeren, einen Schwangerschaftsabbruch vornehmen zu lassen, wird noch unter 5. einzugehen sein.

Die Überlegung, daß die aus dem "Zusammensein von Mann und Frau" folgende Verantwortlichkeit für das Kind eine "Zeugung durch Unterlassen" verdrängen oder überdecken würde², vermag nicht zu überzeugen.

¹ BGH NJW 1984, 2626

² Adomeit Jura 1981, 199

Diese Auffassung kann den einmal festgestellten Kausalzusammenhang nicht beseitigen. In der Kausalkette zwischen Zeugung und Geburt ist das Unterlassen durch den Arzt ein notwendiges Bindeglied.

Zwar können Handlungen des Verletzten selbst oder Dritter, obwohl sie den Kausalzusammenhang nicht unterbrechen, das Tun des Schädigers in solchem Maße "überwiegen", daß die Folgen der Handlung diesem nicht mehr zugerechnet werden können¹.

Ein solcher Fall liegt zum Beispiel vor, wenn ein Verletzter einen Gesundheitsschaden durch eine Tetanusimpfung erleidet, die aber nicht zur Behandlung der vorliegenden Wunde erfolgte, sondern vorsorglich für den Fall künftiger Verletzungen².

Auch im Rahmen der haftungsbegründenden Kausalität kann die Zurechnung zum Verhalten des Schädigers deshalb ausgeschlossen sein, weil der eingetretene Schaden auf dem Verhalten Dritter oder des Geschädigten selbst beruht, dem ein neuer, selbständiger Entschluß zugrundeliegt, der nicht schon durch das erste Ereignis hinreichend motiviert war³.

Eine solche Unterbrechung des Haftungszusammenhangs hat der BGH in einer jüngst ergangenen Entscheidung⁴ abgelehnt, bei der es darum ging, daß eine Schwangere nach einem fehlgeschlagenen Schwangerschaftsabbruch wegen einer Notlagenindikation einen weiteren, diesmal medizinisch indizierten Schwangerschaftsabbruch nicht durchführen ließ.

In den Fällen des unterbliebenen Schwangerschaftsabbruchs oder der fehlgeschlagenen Sterilisation hingegen liegt eine andere zeitliche Reihenfolge der adäquat

¹ Larenz SchuR I § 27 III 4

² BGH NJW 1963, 1671

³ Larenz SchuR I § 27 III 5

⁴ BGH NJW 1985, 671 ff

kausal zum Schaden führenden Handlungen, beziehungsweise Unterlassungen, vor.

Erfolgte in den Fällen einer Unterbrechung des Haftungszusammenhangs die Handlung, die die Haftung ausschließt, zeitlich nach dem Ereignis, aus dem der Schadensersatzanspruch hergeleitet werden sollte, so war in den Fällen des unterbliebenen Schwangerschaftsabbruchs die Reihenfolge der Ereignisse umgekehrt. Das Verhalten, das nach Ansicht von Adomeit¹ das Verschulden des Arztes verdrängen oder überdecken soll, die Zeugung, lag zeitlich vor dem Verschulden des Arztes und war daher nicht geeignet, den Haftungszusammenhang zu unterbrechen.

Auch übersieht Adomeit, daß dem "Zusammensein von Mann und Frau" die Zeugung neuen Lebens dank der Anwendung moderner Kontrazeptiva oder einer Sterilisation (gerade für diesen Fall wurde dieses Argument entwickelt²) nicht notwendigerweise immanent ist. Auch in den Fällen, in denen ein Schwangerschaftsabbruch rechtlich zulässig ist, hat der Zeugungsakt nicht notwendigerweise die Geburt eines Kindes zur Folge.

Wenn die Eltern im Bewußtsein ihrer Verantwortung zulässige Maßnahmen ergreifen wollen, um die Geburt eines Kindes zu vermeiden, kann derjenige, der diese Maßnahmen durch sein Verschulden vereitelt oder verhindert, nicht wegen der Verantwortung der Eltern für ihr Kind seine eigene Verantwortung leugnen.

Der rechtlich notwendige Zusammenhang zwischen einer eventuell Schadensersatz begründenden Handlung und dem tatsächlich eingetretenen Schaden beschränkt sich jedoch nicht auf den reinen Kausalzusammenhang im Sinne einer *condicio sine qua non*. Der Schaden muß darüberhinaus dem Schädiger auch zuzurechnen sein.

^{1,2} Jura 1981, 199

2.2.6. Die Zurechenbarkeit des Unterhaltsschadens

2.2.6.1. Adäquanz

Daß zwischen der unterlassenen Aufklärung und dem Unterhaltsschaden ein Zusammenhang im Sinne der Adäquanztheorie besteht, liegt auf der Hand. Die unterlassene Aufklärung über die Risiken war nicht nur unter besonders eigenartigen, ganz unwahrscheinlichen und nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umständen geeignet, eine Unterhaltsverpflichtung der Eltern entstehen zu lassen¹. Das erkennt auch das OLG München an².

Die unterlassene Aufklärung war geradezu typischerweise dazu geeignet, bei den betroffenen Eltern den Entschluß zu einem Schwangerschaftsabbruch nicht aufkommen zu lassen, der die Entstehung einer Unterhaltspflicht dem Kind gegenüber und auch weitere, mit der Geburt verbundene Kosten, verhindert hätte.

Problematisch ist jedoch, ob der eingetretene Schaden vom Schutzbereich des Vertrages mit erfaßt wird.

¹ Formulierung nach RGZ 115, 155

² NJW 1981, 2014

2.2.6.2. Schutzbereich des Vertrages

Die auf Rabel¹ zurückgehende Lehre, daß der Schutzzweck eines Vertrages die Schadensersatzpflicht begrenzt, ist heute weitgehend anerkannt². Manche Autoren erheben sie auch zu einem die Adäquanzlehre ersetzenden Zurechnungskriterium³. Kern der Lehre vom Schutzzweck bei Verträgen ist der Gedanke, daß jede Vertragspflicht bestimmten Interessen dient und daß nur der Schaden, der diesen Interessen zugefügt wird, dem Schuldner zugerechnet werden solle⁴.

Das OLG München hat als Berufungsinstantz im Fall BGHZ 86, 240 (Rötelnfall) den Schadensersatzanspruch der Mutter mit der Begründung abgelehnt, daß der Unterhaltsschaden nicht mehr im Schutzbereich der vertraglichen Pflichten des beklagten Arztes liege⁵. Dabei beruft es sich auf Medicus⁶.

Zwar ist auch das OLG München der Ansicht, daß es zu den vertraglichen Pflichten eines Arztes gehöre, die Mutter über die Voraussetzungen einer medizinischen beziehungsweise eugenischen Indikationslage aufzuklären, zumindest, wenn die Geburt des Kindes Gefahren für Leben und Gesundheit der Mutter mit sich bringe (siehe dazu oben 2.2.2.). Es bestünde aber keine Verpflichtung des Arztes, auch wirtschaftliche und finanzielle Belange der Mutter in Betracht zu ziehen. Eine rein finanzielle Mehrbelastung, sofern sie nicht zu einer finanziellen Überforderung der Eltern führe, rechtfertige keinen Schwangerschaftsabbruch. Auch wäre diese nach dem Vortrag der Mutter für den

1 Rabel: Das Recht des Warenkaufs Bd 1 S. 495 ff

2 z.B.: Palandt/Heinrich vor § 249 5 c;
Larenz § 27 III b 2

3 z.B.: Münch Komm Grunsky: Vor § 249 Rn 42;
Esser - Schmidt § 33 II

4 Rabel a.a.O. S. 497

5 OLG München NJW 1981, 2014

6 in Staudinger - Medicus § 249 Rn 17 zu den Sterilisationsfällen

Schwangerschaftsabbruch nicht ausschlaggebend gewesen. Vielmehr hätten die Eltern dem Kind ein Leben unter schwersten Bedingungen ersparen wollen¹.

Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Das OLG München vermennt die Voraussetzungen eines nach § 218 a II Nr. 1 StGB indizierten Schwangerschaftsabbruchs mit dem Schutzbereich des Vertrages.

In den hier zu erörternden Fällen beschränkt sich das vertraglich geschützte Interesse der Mutter nicht, wie das OLG München meint, allein darauf, ihre physische und vor allem psychische Gesundheit vor unzumutbaren Gefahren zu schützen, die ihr durch die Geburt eines behinderten Kindes entstehen könnten. Diese Erwägung liegt als tragender Gesichtspunkt dem § 218 a StGB zugrunde, wie sich schon aus dessen Wortlaut ergibt. Aber § 218 a StGB bestimmt die durch den zwischen der Patientin und dem Arzt geschlossenen Dienstvertrag geschützten Interessen nicht ausschließlich².

Zwar begrenzt § 218 a StGB den Schutzbereich des Vertrages insoweit, als er Minimalerfordernisse für den rechtlich zulässigen Vertragsinhalt festsetzt. Wegen eines unterlassenen Schwangerschaftsabbruchs, der nicht durch § 218 a StGB gerechtfertigt gewesen wäre, könnte die Patientin wegen § 138 BGB gegenüber dem Gynäkologen keine Ansprüche geltend machen (siehe dazu oben 2.2.3.). Aber daraus folgt nicht, daß § 218 a StGB gleichzeitig einen abschließenden Katalog der Interessen enthält, die die Parteien durch vertragliche Vereinbarung schützen können.

¹ OLG München NJW 1981, 2014

² Fischer JuS 1984, 436; derselbe NJW 1981, 1992

Es ist für den Arzt bei Vertragsschluß ohne weiteres erkennbar, daß durch die Entscheidung über die Vornahme eines Schwangerschaftsabbruchs auch die finanziellen Interessen der Schwangeren berührt werden. Die finanziellen Aspekte des Problems sind untrennbar mit den ethischen, moralischen und familiären verbunden¹.

Es kommt auch nicht darauf an, ob das Motiv, dem Kind ein Leben unter schwersten Bedingungen zu ersparen, oder das Motiv, den erheblichen finanziellen Belastungen durch ein behindertes Kind zu entgehen, schließlich für die Vornahme eines indizierten Schwangerschaftsabbruchs ausschlaggebend gewesen wäre. Falls ein schutzwürdiges Interesse für die Mutter in den Vordergrund tritt, ändert dies nichts daran, daß auch andere Interessen weiterhin durch den Vertrag geschützt bleiben².

Die finanziellen Aspekte dürften von den Eltern zu- meist deswegen nicht hervorgehoben werden, weil es ihnen unangenehm ist³. Dies schien im konkreten Fall auch das OLG München⁴ zu vermuten, wenn es in seiner Entscheidung ausführt, daß durchaus anzunehmen sei, daß auch wirtschaftliche Erwägungen von Bedeutung gewesen wären.

Der Schutzzweck des Vertrages schließt in den hier zu erörternden Fällen den Anspruch auf Er-

1 Schünemann JZ 1981, 575

2 ebenso Fischer NJW 1981, 1992

3 Schünemann JZ 1981, 575

4 NJW 1981, 2014

satz des Unterhaltsschadens allenfalls dann aus, wenn sich die Interessenlage der Mutter nachträglich so verändert haben sollte, daß das Kind nicht mehr im Sinne der Familienplanung unerwünscht ist (siehe dazu oben 2.2.4.2.). So etwa in dem vom BGH erörterten Fall, daß eine Mutter nach einem mißglückten Schwangerschaftsabbruch auf Grund einer Notlagenindikation gemäß § 218 a II Nr. 3 StGB erfährt, daß sie nur ein Kind haben kann, und daher einen weiteren möglichen Schwangerschaftsabbruch wegen der selben Indikation unterläßt¹. Hier entfällt die Schadensersatzpflicht des Arztes, der das Mißlingen des Schwangerschaftsabbruchs zu verantworten hat, da dieser die Geburt nur im Interesse der Notlage der Mutter zu verhindern hatte² und für die Mutter die Notlage infolge ihrer gewandelten Einstellung zum Kind nicht mehr unzumutbar erschien, das Kind somit "erwünscht" wurde.

Das vom BGH³ postulierte Schadensersatz begründende Merkmal der "Unerwünschtheit" des Kindes umschreibt daher im wesentlichen nur den Zurechnungszusammenhang zwischen Vertragsverletzung und Schaden.

Wäre die Einengung des vertraglichen Schutzbereichs, die das OLG München vertritt, richtig, so wäre allen Ehepaaren auch bei Vornahme einer Sterilisation aus gesundheitlichen Gründen zu raten, dem Arzt zu erklären, diese Maßnahme erfolge zur Vermeidung von Unterhaltslasten⁴.

^{1,2} BGH NJW 1985, 673

³ z.B.: in BGHZ 76, 249

⁴ Schünemann JZ 1981, 575

Im Falle eines mißglückten Schwangerschaftsabbruchs auf Grund einer Notlagenindikation¹ liegt wohl selbst nach Ansicht des OLG München der Unterhaltsschaden im Schutzbereich des Vertrages.

In aller Regel wird zu den Belastungen, die es im Falle einer Notlagenindikation abzuwenden gilt, gerade auch der Unterhaltsaufwand für das Kind gehören². Damit ist hier der Umstand, der eine Notlagenindikation gemäß § 218 a II Nr. 3 StGB begründen kann, mit dem Umstand, der den Schaden der Mutter darstellt, identisch.

Die Unterscheidung, daß bei einer Indikationslage nach § 218 a II Nr. 3 StGB der Unterhaltsschaden im Schutzbereich des Vertrages liegen soll und bei den übrigen Indikationen nicht, erscheint aber nicht sachgerecht. Schließlich sind die drei Indikationen in Absatz II von § 218 a StGB nur einzelne Unterfälle einer umfassenden medizinisch-sozialen Indikation in Absatz I³.

Folglich liegt, entgegen der Ansicht des OLG München, die Unterhaltsbelastung der Mutter im Schutzbereich der Norm⁴. Das Zurechnungskriterium des Schutzbereichs eines Vertrages würde überdehnt, wenn es gerade die typische Schadensfolge einer Pflichtverletzung ausschließen soll⁵.

¹ BGH NJW 1985, 671 ff

² BGH NJW 1985, 672

³ Dreher/Tröndle § 218a Rn 1

⁴ so auch Larenz: SchuR I § 27 III Fn 66;
Deutsch: Arztrecht und Arzneimittelrecht S. 95;
ablehnend in den Fällen der Notlagenindikation:
Stürner FamRZ 1985, 758

⁵ so auch Schünemann JZ 1981, 575

2.2.6.3. Allgemeines Lebensrisiko

Bedenken gegen die Zurechenbarkeit des Unterhaltsschadens könnten sich vom Standpunkt der Vertreter der Lehre von der Zurechnung nach Risikobereichen ergeben¹. Danach sind solche Schäden nicht zu ersetzen, die sich bei wertender Betrachtung als Verwirklichung eines allgemeinen Lebensrisikos darstellen².

In der Tat wird - allerdings in Bezug auf deliktische Ansprüche der Mutter bei fehlgeschlagener Sterilisation - die Auffassung vertreten, eine Schwangerschaft unterfiele dem allgemeinen Lebensrisiko und könne schon daher keinen Schadensersatzanspruch begründen³.

Aber auch unter diesem Gesichtspunkt kann die Zurechenbarkeit des Unterhaltsschadens nicht verneint werden.

Vielen Eltern mag die Geburt eines behinderten Kindes mit den daraus resultierenden finanziellen Belastungen als schicksalshafte Fügung erscheinen, die dem allgemeinen Lebensrisiko zuzuordnen ist. Dies ist auch - anders als in den vom BGH entschiedenen Fällen - dort zutreffend, wo es der medizinische Erkenntnisstand nicht erlaubt, das Risiko einer Schädigung zutreffend zu prognostizieren. Dann fehlt aber schon eine Vertragsverletzung durch den Arzt.

Anders verhält es sich in den hier zu erörternden Fällen, in denen das Risiko, ein behindertes Kind zu bekommen, lege artis prognostizierbar war.

¹ z.B: v. Caemmerer VersR 1971, 973 ff

Mädריך: Das allgemeine Lebensrisiko

² Palandt/Heinrichs Vor § 249 5c cc

³ Schiemann JuS 1980, 710

Die bei einem behinderten Kind besonders hohe finanzielle Belastung der Eltern steht in einem engen Zusammenhang mit der Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht und besitzt zu dieser nicht nur eine bloß zufällige, äußere Verbindung, sondern ist deren typische Folge.

Damit unterfällt die Unterhaltsbelastung nicht dem allgemeinen Lebensrisiko, sondern gerade dem speziellen Risiko, ein behindertes Kind zur Welt zu bringen, das durch das ärztliche Fehlverhalten entstanden ist und das durch das Hinzuziehen eines Arztes, soweit wie möglich, ausgeschlossen werden sollte.

Das gleiche gilt in den Fällen, in denen ein Schwangerschaftsabbruch wegen einer Notlagenindikation gemäß § 218 a II Nr. 3 StGB durch ärztliches Verschulden fehlschlägt¹.

Zwar sind die Fälle einer Notlagenindikation, die auch "soziale" Indikation genannt wird, geradezu typische Beispiele für allgemeine Lebensrisiken.

Eine Notlagenindikation liegt zum Beispiel vor, wenn eine durch zahlreiche Schwangerschaften "verbrauchte" Mutter der Aufgabe, mehrere, darunter vielleicht kranke Kinder aufzuziehen, nicht mehr nachkommen kann, oder eine Frau infolge von Epilepsie ihrer Erziehungsaufgabe nicht gewachsen ist².

Hier ist also stets eine Situation gegeben, oder sollte zumindest stets gegeben sein, die auf schicksalhafte Umstände zurückzuführen ist, und auf dem Risiko der menschlichen Existenz - dem allgemeinen Lebensrisiko - beruht. Dennoch ist auch hier insoweit ein Schadensersatzanspruch gegeben.

¹ So in BGH NJW 1985, 671 ff

² Beispiele entnommen aus Dreher/Tröndle § 218 a Rn 26

Die Unterhaltsbelastung der Eltern ist wiederum eine typische Folge des ärztlichen Verschuldens und nicht eine damit nur zufällig und äußerlich verbundene Erscheinung. Lediglich die Umstände, die eine Notlagenindikation begründen können, sind als allgemeines Lebensrisiko aufzufassen, nicht aber der typische Folgeschaden aus der Verletzung des Behandlungsvertrages.

Gegen die Ersatzfähigkeit des Unterhaltsschadens werden aber auch verfassungsrechtliche Bedenken geltend gemacht.

2.2.6.4. Verstoß gegen die Menschenwürde

Das OLG Frankfurt sah in einem Fall der fehlgeschlagenen Sterilisation in der Zuerkennung von Schadensersatz einen Verstoß gegen die durch Art. 1 I GG geschützte Menschenwürde, weil durch die Zuerkennung von Schadensersatz das Lebensrecht des trotz der Sterilisation geborenen Kindes mittelbar in Frage gestellt werden würde¹.

Bei der hier zu erörternden Problematik stellt sich diese Frage erst recht, da Schadensersatz wegen eines Umstandes gefordert wird, der die Entstehung des Kindes nicht nur verhindert hätte, sondern die Existenz des Kindes mittels eines Schwangerschaftsabbruchs sogar vernichtet hätte.

Die Ausführungen des OLG Frankfurt sind aber weder in den Fällen einer fehlgeschlagenen Sterilisation, noch in den hier zu erörternden Fällen zutreffend.

Unmittelbar kommt in der Zuerkennung von Schadensersatz kein Unwerturteil über die Existenz eines

¹ NJW 1983, 341 ff

Kindes zum Ausdruck, sondern ein Unwerturteil über die Schlechterfüllung des Arztvertrages. Mittelbar wird damit in der Tat, wie das OLG Frankfurt meint, dem Arzt vorgeworfen, die Existenz des Kindes nicht verhindert zu haben. Durch eine Sterilisation soll die Geburt von Kindern überhaupt verhindert werden, durch eine ordnungsgemäße ärztliche Beratung in der Zeit der Schwangerschaft unter anderem die Geburt von behinderten Kindern, zumindest insoweit, als die Patientinnen zum Schwangerschaftsabbruch bereit sind. Nur bedeutet das nicht, daß man damit auch das Lebensrecht des dennoch geborenen Kindes in Frage stellt.

Die Schadensersatzpflicht knüpft nicht an die Existenz des Kindes an, die dadurch eine Mißbilligung erfahren würde, sondern an die Entstehung von Unterhaltspflichten nach §§ 1601 ff BGB (siehe dazu oben 2.2.4.1. und 2.2.4.2.).

Zwar ist diese Unterhaltspflicht eine Konsequenz der Existenz des Kindes, aber mit der Mißbilligung der Konsequenz eines Umstandes ist nicht notwendigerweise eine Mißbilligung des Umstandes selbst verbunden. Schließlich tritt dieser Schadensersatzanspruch auch nur auf, wenn das Kind existiert¹, setzt also seine Existenz voraus und stellt sie nicht in Frage.

In der Argumentation des OLG Frankfurt kommt in anderer Form wieder der Gedanke zutage, daß das Kind als Wertverwirklichung nie ein Schaden sein könne² (siehe dazu oben 2.2.4.1.).

Auch ist der Verdacht nicht von der Hand zu weisen, daß sich die Entscheidung des OLG Frankfurt im

¹ Deutsch JZ 1983, 452

² Fischer JuS 1984, 436

Grunde nicht gegen den Schadensersatzanspruch der Eltern richtet, sondern bereits gegen die Zulässigkeit einer Sterilisation zum Zwecke der Familienplanung¹. Die Rechtsordnung muß den Vorwurf gegen Dritte zulassen, das Leben eines Kindes nicht verhindert zu haben, wenn Verträge rechtmäßig sind, die gerade auf die Verhinderung der Geburt eines Kindes gerichtet sind².

Anders könnte es schadensrechtlich nicht ausgeglichen werden, daß ein Arzt durch seine Nachlässigkeit einer Mutter etwas aufgezwungen hat, was ihr das Gesetz nicht zumuten wollte und was sie deshalb zu vermeiden berechtigt gewesen wäre³. Die Ärzte könnten nahezu sanktionslos gerade die Pflichten aus der Untersuchung einer Problemschwangerschaft verletzen, deren sorgfältigste Erfüllung ihre Patientinnen von ihnen auf Grund des Vertrages erwarten⁴.

Wenn es der heutige medizinische Standard erlaubt, Abnormalitäten bei der Entwicklung eines Kindes frühzeitig zu erkennen, sind die Gynäkologen verpflichtet, diese Kenntnisse dem beruflichen Standard entsprechend einzusetzen⁵.

1 so Deuchler aaO S. 141

2 Deuchler aaO S. 141; so auch Medicus: Zivilrecht und werdendes Leben S. 16 (in Bezug auf die "wrongful life" Problematik)

3 BGHZ 86, 240 (248)

4 Schünemann JZ 1981, 575

5 Schünemann JZ 1981, 576

2.2.7. Die Folge der Geburt eines gesunden Kindes

Denkbar sind, wenn auch - soweit ersichtlich - noch nicht entschieden, Fallgestaltungen, in denen trotz des prognostizierten Risikos einer Mißbildung dennoch ein gesundes Kind zur Welt gekommen ist.

Stellt man allein auf den adäquaten Kausalzusammenhang ab, haben die Eltern auch in diesen Fällen einen Anspruch auf Ersatz des Unterhaltsschadens. Hätte der Arzt die Schwangere nach den Regeln der ärztlichen Kunst beraten, hätte diese einen indizierten Schwangerschaftsabbruch vornehmen lassen (zu Beweislast siehe unten 5.). Damit wäre kein Kind geboren worden, und Unterhaltsverpflichtungen wären nicht entstanden.

Dieses Ergebnis ist merkwürdig, wenn auch für die Eltern sehr angenehm. Sie hätten das erwünschte, gesunde Kind und könnten darüber hinaus die finanziellen Belastungen für dieses Kind auf einen Dritten abwälzen. So gesehen wäre die Schlechterfüllung des Behandlungsvertrages durch den Arzt für die Eltern ein ausgesprochener Glücksfall.

Die Unterhaltsbelastung in diesen Fällen wird jedoch vom Schutzzumfang des Behandlungsvertrages nicht erfaßt.

Der Behandlungsvertrag soll die Mutter nur davor schützen, daß ihre finanziellen und gesundheitlichen Interessen durch die Geburt eines behinderten Kindes beeinträchtigt werden (siehe oben 2.2.6.2.). Die Geburt eines gesunden Kindes hingegen soll durch den Behandlungsvertrag nicht verhindert werden. Es ist gerade der Zweck des Vertrages, eine solche Geburt, soweit wie möglich, sicherzustellen.

Die Mutter kann nur dann Schadensersatz verlangen, wenn sich die Gefahr, der es nach ihrem Entschluß vorzubeugen galt, verwirklicht¹. Das ist aber bei der Geburt eines gesunden Kindes nicht der Fall. In diesem Fall ist das Kind nicht "unerwünscht" im Sinne der Familienplanung.

Auch ist in diesem Zusammenhang die gesetzliche Regelung des § 218 a StGB für den Schutzzumfang des Vertrages zu berücksichtigen.

Wie bereits oben (2.2.6.2.) dargelegt, stellt § 218 a StGB zwar keinen abschließenden Katalog der vertraglich geschützten Interessen dar, legt aber dennoch Minimalerfordernisse für den rechtlich zulässigen Vertragsinhalt fest. Die hier allein in Frage kommende eugenische Indikation des § 218 a II Nr. 1 StGB erfaßt aber nur Fälle, in denen mit der Geburt eines schwer behinderten Kindes zu rechnen ist.

Nur wenn sich die so umschriebene Gefahr bei der Geburt des Kindes auch verwirklicht hat, weil der um Rat gebetene Arzt seine Vertragspflichten schuldhaft verletzt hat, kann er für den Schaden der Eltern haftbar gemacht werden².

Daraus folgt zugleich, daß der Arzt auch dann nicht haftet, wenn es zur Geburt eines behinderten Kindes kommt, diese Behinderung aber nicht so schwer wiegt, daß sie durch § 218 a II Nr. 1 StGB erfaßt werden würde. Das wäre insbesondere dann der Fall, wenn, wie es das Gesetz formuliert, die Schädigung des Gesundheitszustandes des Kindes "behebbar" wäre.

¹ BGHZ 86, 240 (248)

² BGHZ 89, 95 (107)

Etwaige weitergehende Wünsche oder Absichten einer Schwangeren sind für die vertraglichen Einstandspflichten rechtlich unerheblich¹. Eine diesbezügliche Abrede wäre als Verstoß gegen § 138 BGB nichtig.

2.2.8. Die Höhe des Schadensersatzes

Nachdem feststeht, daß der Arzt grundsätzlich für den Unterhaltsaufwand einzustehen hat, stellt sich die kontrovers diskutierte Frage, in welchem Umfang der Arzt haftet.

Auf den ersten Blick liegt es nahe, wie einige Autoren², den Schadensersatz auf den Unterhaltsmehrbedarf zu beschränken, der durch ein behindertes Kind im Vergleich zu einem gesunden Kind entsteht. Schließlich wollten die Eltern ein Kind, wenn auch ein gesundes, und waren bereit, den für dieses Kind anfallenden Unterhalt zu leisten.

Jedoch ist nach § 249 BGB der Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn ein Schwangerschaftsabbruch stattgefunden hätte, also überhaupt kein Kind geboren worden wäre. Dann wäre aber nicht nur der Unterhaltsmehrbedarf entfallen, sondern es wäre keinerlei Unterhaltsverpflichtung entstanden. Der Grundsatz der Naturalrestitution erfordert den Ersatz des gesamten Unterhaltsaufwands. Die Eltern konnten dieses Kind entweder überhaupt nicht, oder nur mit der Behinderung haben, aber nicht als gesundes³.

¹ BGHZ 89, 95 (107)

² z.B.: Deutsch JZ 1983, 451 f; Schlund ArztR 1982, 68;

Schünemann JZ 1981, 575; Steffen RGRK § 823 Rn 13

³ Medicus aaO S. 15

Dagegen kann auch nicht eingewendet werden, der Schutzbereich der vertraglichen Pflichten umfasse nur den Unterhaltsmehrbedarf¹. Der Schutzbereich des Vertrages umfaßt das Interesse der Mutter, nicht die finanzielle Belastung für ein behindertes Kind tragen zu müssen (siehe oben 2.2.6.2.).

Diese finanzielle Belastung besteht aber nicht allein aus dem Unterhaltsmehrbedarf, sondern aus dem gesamten Unterhaltsaufwand. Aus dem Umstand, daß Eltern den Unterhalt eines gesunden Kindes tragen wollen, läßt sich nicht schließen, daß sie die gleiche Belastung auch für ein schwerbehindertes Kind auf sich nehmen wollen².

Daß der BGH im Rötelnfall³ nur den Unterhaltsmehrbedarf zugesprochen hat, hatte seinen Grund darin, daß nur dieser eingeklagt wurde. Der BGH war an den ne ultra petita Grundsatz des § 308 I ZPO gebunden.

Der Unterhaltsaufwand läßt sich nicht aufteilen in solchen, der für ein hypothetisch gesundes Kind von den Eltern familienrechtlich geschuldet wird, und einen solchen, der durch den Gesundheitsschaden des Kindes zusätzlich bedingt ist⁴. Insofern ist die Rechtslage anders, als in den Fällen einer fehlgeschlagenen Sterilisation, in denen nach Ansicht des BGH⁵ die familienrechtliche Unterhaltspflichtung der Eltern zu berücksichtigen sei, mit der Folge, daß sich nach der umstrittenen Auffassung des BGH⁶ die Ersatzpflicht an den Sätzen des Regelunter-

¹ Schönemann JZ 1981, 575; Schlund ArztR 1982, 68

² BGHZ 89, 95 (105)

³ BGHZ 86, 240

⁴ BGHZ 89, 95 (105)

⁵ BGHZ 76, 259 (265 ff)

⁶ kritisch dazu insbesondere: Diederichsen VersR 1981, 693
Medicus: Zivilrecht und werdendes Leben S. 12;
OLG Frankfurt NJW 1983, 343

halts für nichteheliche Kinder zu orientieren habe¹.

Zimmermann² meint, daß in den Fällen der fehlgeschlagenen Sterilisation Schadensersatz nicht mehr Schadensersatz, sondern Regelschadensersatz hieße.

Die Fälle eines mißlungenen Schwangerschaftsabbruchs wegen einer Notlagenindikation behandelt der BGH, was die Berechnung der Schadenshöhe betrifft, in einer neuen Entscheidung konsequenterweise genauso wie die Fälle der fehlgeschlagenen Sterilisation³.

Bedenklich ist in diesem Zusammenhang die Ansicht, daß den Eltern, die sich nur ein Kind finanziell "leisten" können, durch die Unterhaltsbelastung für ein krankes Kind die Möglichkeit eines weiteren, gesunden Kindes verschlossen würde, und daß deshalb der gesamte Unterhaltsaufwand zu ersetzen sei⁴.

Diese Argumentation impliziert eine rechtliche Mißbilligung des Lebenswertes eines behinderten Menschen und ist daher abzulehnen. Das behinderte Kind wird zum Kind "zweiter Klasse", das die Möglichkeit, ein "erstklassiges", gesundes Kind zu haben, ausschließt.

Hier wird nicht, wie durch die Zuerkennung von Schadensersatz, die Verursachung der Unterhaltsbelastung mißbilligt (siehe oben 2.2.6.4.), sondern ein Unwert- beziehungsweise "Minderwerturteil" unmittelbar über das behinderte Kind selbst ausgesprochen. Mag auch in der Lebenswirklichkeit dieses Argument für viele Eltern eine gewichtige Rolle spielen, so liegt dennoch aus verfassungsrechtlicher Sicht in

¹ BGHZ 89, 259 (271 f)

² JZ 1981, 90

³ BGH NJW 1985, 672; ablehnend: Giesen JZ 1985, 334

⁴ Fischer JuS 1984, 436

dieser Argumentation ein Verstoß gegen die grundgesetzlich geschützte Menschenwürde (siehe dazu unten 2.4.3.2.).

Die in den Sterilisationsfällen oft behandelte Frage¹, ob sich die Eltern eine eventuelle Unterhaltspflicht des Kindes aus §§ 1601 ff BGB ihnen gegenüber auf den eigenen Unterhaltsschaden anrechnen lassen müssen, kann hier weitgehend unerörtert bleiben.

Bei einem schwerbehinderten Kind, das selbst lebenslanger Pflege bedarf, ist es unwahrscheinlich, daß das Kind je in der Lage sein wird, an seine Eltern finanzielle Leistungen zu erbringen.

Selbst wenn das Kind jemals dazu fähig werden sollte, etwa infolge einer Erbschaft, sind die Unterhaltsleistungen des Kindes als lediglich möglicherweise entstehende Vorteile für die Eltern erst dann zu berücksichtigen, wenn sie tatsächlich entstehen. Für diesen Fall steht die Abänderungsklage gemäß § 323 ZPO zur Verfügung.

Ebensowenig sind die Eltern verpflichtet, im Rahmen einer Schadensminderungspflicht das Kind zur Adoption freizugeben².

Zum einen ist es fraglich, ob sich überhaupt jemand bereitfände, ein schwerbehindertes Kind zu adoptieren. Der BGH betont in einer seiner Grundsatzentscheidungen zu den Fällen der fehlgeschlagenen Sterilisation, daß die Adoption bei gesunden Kindern regelmäßig möglich sei³. Daraus läßt sich schließen, daß auch der BGH Zweifel hat, ob sich für ein behindertes Kind Adoptiveltern finden lassen.

¹ z.B.: Selb JZ 1971, 204; BGHZ 76, 259 (263)

² so aber z.B.: OLG Frankfurt NJW 1983, 342

³ BGHZ 76, 259 (264)

Zum anderen darf die Person des Kindes unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zum Objekt von Vermögensdispositionen gemacht werden¹, auch nicht im Rahmen einer Schadensminderung gemäß § 254 BGB. Ein Mensch ist kein Vermögensobjekt, das ohne weitere Umstände aus einem (familiären) Bereich in einen anderen transferiert werden kann. Das Grundgesetz läßt es nicht zu, einen Menschen zu einem "Handelsobjekt" zu machen. Auch entspricht das Aufwachsen im natürlichen Familienverband im Zweifel dem Wohle des Kindes am besten².

Damit wird nicht, wie das OLG Frankfurt meint³, gegen den schadensrechtlichen Grundsatz verstoßen, daß die Ersatzleistung den Gläubiger nicht besser stellen solle, als er ohne das schadensersatzbe gründende Ereignis stünde. Der Schaden besteht in der Unterhaltsverpflichtung, und nur dieser Schaden wird ausgeglichen. Die Person des Kindes selbst kann nicht in eine Bilanz des Vermögens der Eltern eingestellt werden (siehe dazu oben 2.2.4.1. und 2.2.4.2.). Das gesteht auch das OLG Frankfurt zu⁴ und setzt sich damit in Widerspruch zu seinen eigenen Ausführungen.

Auch bei Ersatz des gesamten Unterhaltsschadens bleibt genug für die Eltern zu tragen, was sie ohnehin nicht auf den Schädiger abwälzen können⁵.

1 BGH NJW 1984, 2626

2 BGHZ 76, 259 (264)

3 NJW 1983, 342

4 NJW 1983, 343

5 BGHZ 89, 95 (105)

2.2.9. Weitere Schäden

Mit dem Ersatz des Unterhaltsschadens sind jedoch noch nicht alle Aufwendungen der Mutter, die aus der Pflichtverletzung des Arztes resultieren können, abgegolten.

Durch die Fortdauer der Schwangerschaft über den Zeitpunkt hinaus, zu dem spätestens gemäß § 218 a III StGB ein Schwangerschaftsabbruch hätte stattfinden dürfen - 22 Wochen nach der Empfängnis - entstehen Entbindungs-, erhöhte Krankenhaus- und Behandlungskosten.

Soweit die Mutter diese Kosten selbst getragen hat, kann sie die Aufwendungen vom Arzt ersetzt verlangen. Allerdings muß sie sich die mit einem Schwangerschaftsabbruch verbundenen Aufwendungen, die ihr erspart blieben, anrechnen lassen.

Auch kann die Mutter einen eventuellen Verdienstausfall, der durch den Krankenhausaufenthalt und die Fortdauer der Schwangerschaft entstehen kann, gemäß § 252 BGB ersetzt verlangen.

Darüber hinaus kann der Mutter ein weiterer Verdienstausfall durch die Pflege und Erziehung des behinderten Kindes entstehen. Gerade bei behinderten Kindern ist die Betreuungsbedürftigkeit sehr hoch, und die Mutter wird in aller Regel gezwungen sein, eine berufliche Tätigkeit aufzugeben.

Dieser Verdienstausfall ist adäquat kausal auf die Pflichtverletzung des Arztes zurückzuführen. Er wird auch, ebenso wie die Unterhaltsbelastung, vom Schutzbereich des Vertrages erfaßt (siehe dazu oben 2.2.6.2. entsprechend) und ist damit ebenfalls gemäß § 252 BGB zu ersetzen.

Allerdings findet dieser Anspruch dort seine Grenzen, wo der Mutter eine Erwerbstätigkeit zugemutet werden kann. Das gebietet ihre Schadensminderungspflicht aus § 254 BGB. Die zu der Unterhaltsberechtigung eines geschiedenen Ehegatten wegen der Pflege und Erziehung eines gemeinsamen Kindes anhand von § 1570 BGB entwickelte Rechtsprechung kann dabei, im beschränkten Umfang, als Indiz herangezogen werden. Diese Grenze dürfte aber wegen der erhöhten Pflegebedürftigkeit eines schwerstbehinderten Kindes und der, außer bei Mongolismus, im allgemeinen nur geringen Lebenserwartung eines solchen Kindes, kaum eine praktische Bedeutung erlangen.

2.3. Vertragliche Schadensersatzansprüche des Vaters

Von großer praktischer Bedeutung ist die Frage, inwieweit der Vater des Kindes eigene Ansprüche aus dem zwischen Mutter und Arzt geschlossenen Dienstvertrag (siehe dazu oben 2.2.1.) herleiten kann. In den meisten Fällen dürfte es nämlich der Vater sein, der letztendlich die finanziellen Mittel für den Unterhalt des Kindes aufzubringen hat.

2.3.1. Ansprüche aus § 1357 I BGB

Nach § 1357 I S. 2 BGB werden beide Ehepartner aus Geschäften berechtigt und verpflichtet, die nur einer der Ehepartner zur angemessenen Deckung des Lebensbedarfs der Familie unternimmt, es sei denn,

es ist aus den Umständen etwas anderes zu entnehmen.

Unter die Geschäfte zur angemessenen Deckung des Lebensbedarfs fällt nach richtiger Ansicht¹ im allgemeinen auch die Inanspruchnahme eines Arztes durch einen der Ehegatten.

Der BGH äußert in einer Entscheidung zu einer fehlgeschlagenen Sterilisation² Bedenken, ob der andere Ehepartner aus § 1357 BGB allgemein vertragliche Schadensersatzansprüche aus einem Fehlschlag bei der Behandlung seines Partners herleiten könne; dies würde nach Ansicht des BGH zu einer bedenklichen Ausweitung des ärztlichen Haftungsrisikos führen³.

Jedoch leidet unter einer Erkrankung des Ehegatten die ganze Familie⁴. Die ärztliche Behandlung hilft den notwendigen Lebensbedarf der Familie zu "decken", indem sie die Fürsorge und Arbeitskraft des erkrankten Ehepartners der Familie wieder zur Verfügung stellt, oder doch zumindest teilweise wieder herstellt. Auch dürfte kaum ein Geschäft mehr der Deckung des Lebensbedarfs dienen, als eine unter Umständen das Leben eines der Ehepartner rettende und damit den Bestand der Familie überhaupt erst erhaltende ärztliche Behandlung.

Die sich aus dem Verhältnis zwischen Arzt und Patient ergebenden Besonderheiten betreffen nicht die vermögensrechtliche Seite des Behandlungsvertrages⁵.

Die oben angesprochenen Bedenken des BGH hinsicht-

¹ BGHZ 47, 81; Münch Komm/Wacke § 1357 Rn 24
Palandt/Diederichsen § 1357 2 b bb; Gernhuber:
Familienrecht § 19 IV

^{2,3} BGH NJW 1981, 631

⁴ ebenso Münch Komm/Wacke § 1357 Rn 24

⁵ BGHZ 47, 81

lich der Ausweitung des ärztlichen Haftungsrisikos vermögen dagegen nicht zu überzeugen.

In vielen Fällen, in denen eine ärztliche Behandlung nicht ordnungsgemäß durchgeführt wurde, dürfte es an einem in Geld zu bemessenden Schaden des Ehepartners fehlen. Darüber hinaus deckt sich bei Ehepaaren meist in dieser Hinsicht der Anwendungsbereich des § 1357 BGB mit dem der Rechtsfigur eines Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte. Aus einem Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte leitet aber auch der BGH Ansprüche des Ehepartners ab (siehe dazu unten 2.3.2.)¹.

In einer weiteren Entscheidung² hat inzwischen auch der BGH bejaht, daß ärztliche Behandlungen zu den persönlichen Bedürfnissen der Ehegatten und deshalb zum Lebensbedarf der Familie im Sinne von § 1357 I BGB zu rechnen seien³. In dieser Entscheidung ging es ebenfalls um die ärztliche Behandlung einer Ehefrau während der Schwangerschaft.

Diese Erwägungen treffen auch bei der fehlerhaften genetischen Beratung einer Schwangeren zu.

Die Familie, insbesondere der Ehemann, hat ein starkes Interesse daran, daß die Gesundheit der Mutter und die des ungeborenen Kindes während der Schwangerschaft durch einen Arzt beobachtet wird und soweit wie möglich erhalten bleibt. Es ist im Interesse der Familie, daß der behandelnde Arzt der Mutter die Grundlage für die Entscheidung verschafft, ob ein vermutlich behindertes Kind für sie akzeptabel ist, oder nicht.

¹ so z.B. in: BGHZ 76, 259; BGHZ 86, 240, BGHZ 89, 95

² BGH NJW 1985, 1394 ff

³ aaO S. 1395

Die psychische Belastung der Mutter, die durch das Haben eines behinderten Kindes entsteht, das die Mutter eigentlich nicht wollte, hat negative Auswirkungen auf das Wohl der Familie.

Die Mutter ist auf Grund dieser Belastung nicht in der Lage, sich in dem Umfang um den Lebensbedarf der Familie zu kümmern, wie sie es bei einem gesunden Kind gewesen wäre. Damit dient eine ärztliche Beratung während der Schwangerschaft auch der Deckung des Lebensbedarfs der Familie im Sinne von § 1357 I BGB.

Zwar ist § 1357 I BGB restriktiv dahin gehend zu interpretieren, daß dem Lebensbedarf der Familie nur solche Geschäfte angemessen sind, über deren Abschluß vor ihrer Eingehung eine Verständigung der Eheleute gewöhnlich als nicht notwendig angesehen wird und über die in der Regel keine vorherige Abstimmung stattfindet¹. Die Vornahme eines Schwangerschaftsabbruchs, über die in der Regel sehr wohl eine Abstimmung zwischen den Eheleuten erfolgt, was auch wünschenswert ist, ist demzufolge kein Geschäft zur angemessenen Deckung des Lebensbedarfs im Sinne von § 1357 I BGB.

Es handelt sich hier aber nicht um einen Vertrag über die Durchführung eines Schwangerschaftsabbruchs, sondern um einen Vertrag über die Behandlung und Betreuung der Ehefrau während der Schwangerschaft. Eine solche Beratung ist heute üblich und so selbstverständlich, daß die Notwendigkeit einer Abstimmung zwischen den Eheleuten nicht besteht. Eine Verständigung der Eheleute ist erst auf Grund dieser Beratung notwendig, nicht aber über die Frage, ob eine solche Beratung überhaupt erfolgen soll.

¹ Palandt/ Diederichsen § 1357 2 b bb

Folglich ist nach § 1357 I S 2 BGB auch der Ehemann aus dem Behandlungsvertrag berechtigt. Er kann die auch für ihn aus §§ 1601 ff BGB entstehenden Unterhaltsverpflichtungen dem Kind gegenüber von einem Arzt, der seine vertraglichen Pflichten verletzt hat, ersetzt verlangen.

Gegen dieses Ergebnis kann nicht eingewendet werden, daß ein Schwangerschaftsabbruch nur im Interesse der Mutter gerechtfertigt ist. Es ist für jeden Arzt ersichtlich, daß durch die Vornahme eines nach § 218 a II Nr. 1 StGB indizierten Schwangerschaftsabbruchs, beziehungsweise durch die vom Arzt geschuldete Beratung im Hinblick auf die Möglichkeit eines solchen Eingriffs, auch die finanziellen Interessen des Vaters berührt werden. Insofern gilt das gleiche wie bei dem Schutzzumfang des Vertrages der Mutter gegenüber (siehe oben 2.2.6.2.).

Durch die Anwendung des § 1357 I BGB lassen sich aber nicht alle Fälle zufriedenstellend lösen. § 1357 BGB setzt voraus, daß die Eltern des Kindes verheiratet sind. Aber auch unverheiratete Paare können durch eine Verletzung der ärztlichen Sorgfaltspflichten in gleicher Weise betroffen werden wie ein Ehepaar¹.

Auch diejenigen, die der Ansicht sind, § 1357 I BGB umfasse nicht die ärztliche Behandlung der Mutter², müssen eine andere Anspruchsgrundlage suchen. Hier bietet sich die Auslegung des Behandlungsvertrages zwischen Mutter und Arzt als Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte an. Der BGH erörtert die drittschützende Wirkung des Behandlungsvertrages im Röntgenfall als alleinige Anspruchsgrundlage³.

¹ ebenso wohl Giesen JR 1984, 223 Fn 28

² so z.B.: Dölle: Familienrecht § 45 II 2 a, allerdings zu § 1357 BGB alter Fassung

³ BGHZ 86, 240 (249 f)

2.3.2. Der Behandlungsvertrag als Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten des Vaters

Daß aus einem Vertrag zwischen zwei Personen eine "Verpflichtung zu sorgsamem Verhalten"¹ auch gegenüber dritten Personen erwachsen kann, ist allgemein anerkannt. Dabei erhält der Dritte, hier der Vater, keinen eigenen Leistungsanspruch, wie bei einem echten Vertrag zugunsten Dritter, sondern es findet eine Ausdehnung der Schutzpflichten auf Dritte statt².

Ob dies, wie die Rechtsprechung meint, aus ergänzender Vertragsauslegung gemäß § 157 BGB herzuleiten ist³, oder ob ein auf § 242 BGB zu stützendes gesetzliches Schuldverhältnis vorliegt⁴, muß hier offen bleiben. Aber auch nach den engen Kriterien der Rechtsprechung⁵ ist der Vater in die Schutzwirkung des Behandlungsvertrags mit einbezogen.

Der Vater ist den Gefahren der Schlechtleistung durch den Arzt in finanzieller Hinsicht ebenso stark ausgesetzt wie die Mutter, befindet sich also in der sogenannten "Leistungsnähe". Zwischen Eheleuten besteht eine Beziehung mit "personenrechtlichem Einschlag", da die Ehefrau für das "Wohl und Wehe"⁶ des Ehemannes mit verantwortlich ist. Das ist für den Arzt als Schuldner bei Vertragsschluß erkennbar.

¹ Larenz SchuR I § 17 II

² Canaris JZ 1965, 477

³ z.B.: BGHZ 49, 350

⁴ so Canaris: Bankvertragsrecht Rn 21; derselbe JZ 1965, 477
Münch Komm/Gottwald § 328 Rn 62

⁵ Zusammenstellung bei: Medicus Rn 844 ff

⁶ BGHZ 51, 91 (96)

Folglich stehen einem Ehemann auch aus dem Gesichtspunkt Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter Ersatzansprüche für geldlichen und sachlichen Aufwand in gleicher Weise, wie der Mutter, zu¹.

Gerade im Rötelnfall² zeigt sich, daß die Gleichstellung des Vaters mit der Mutter bei der Frage des Aufwendungsersatzes notwendig ist, und nur so die Interessen der Eltern hinreichend gewahrt werden können. Dort hatte der Vater, entgegen der traditionellen Geschlechterrolle, als sogenannter "Hausmann" die Pflege des geschädigten Kindes übernommen.

Probleme bereiten Fälle, in denen Vater und Mutter des behinderten Kindes nicht verheiratet sind. Besonders bei einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft unterscheidet sich die Problem- und Interessenlage der nichtverheirateten Eltern kaum von der Situation bei Ehepaaren. Auch ein nicht mit der Mutter des Kindes verheirateter Vater ist gemäß §§ 1615 a, 1601 BGB zu Unterhaltsleistungen verpflichtet, die sich nach § 1615 f BGB bis zum achtzehnten Lebensjahr des Kindes nach den Grundsätzen des Regelunterhalts bemessen.

Hier ist insbesondere problematisch, ob auch bei nichtverheirateten Eltern der vom BGH in aller Regel geforderte "personenrechtliche Einschlag" vorhanden ist.

Durch die Geburt eines Kindes entstehen für den nichtehelichen Vater nicht nur dem Kind, sondern aus §§ 1615 k - n BGB auch der Mutter gegenüber eine Reihe von Verpflichtungen. Dazu zählt die Verpflichtung aus § 1615 k BGB, der Mutter die Entbindungskosten zu erstatten und vor allem die Verpflichtung, der

¹ BGHZ 86, 240 (249)

² BGHZ 86, 240

Mutter zeitlich begrenzten Unterhalt nach Maßgabe des § 1615 I BGB zu gewähren.

Dieser Unterhaltsanspruch hat gemäß § 1615 I III S. 1 BGB dieselben Voraussetzungen wie ein Unterhaltsanspruch unter Verwandten, ist also nicht schuld-, sondern familienrechtlicher Anspruch¹. Der nichteheliche Vater ist also kraft Gesetzes für das "Wohl und Wehe" der Mutter seines Kindes verantwortlich, wenn auch - im Vergleich zu einem Ehemann - in nur sehr eingeschränktem Rahmen.

Jedoch ist nicht der nichteheliche Vater Gläubiger des Behandlungsvertrages mit dem Arzt, sondern die Mutter. Familienrechtliche Fürsorgepflichten der Mutter eines nichtehelichen Kindes gegenüber dem Vater sind dem BGB aber nicht zu entnehmen.

Das Gesetz stellt den nichtehelichen Vater gegenüber der Mutter weitgehend rechtlos. Dies gilt auch dort, wo das Verhältnis zum gemeinsamen Kind betroffen ist, wie man aus §§ 1711 I, 1705 BGB entnehmen kann. Die nichteheliche Mutter ist rechtlich nicht für das "Wohl und Wehe" des Vaters ihres Kindes verantwortlich, mag auch die persönliche und soziale Situation der nichtverheirateten Eltern im Einzelfall mit der Situation von Eheleuten durchaus vergleichbar sein.

Aber auch die Rechtsprechung ist in einigen Fällen vom Erfordernis des "personenrechtlichen Einschlags" abgerückt, wie zum Beispiel im Bankrecht beim Lastschriftverfahren². Zwar lag dort - im Gegensatz zu den hier zu erörternden Fällen - eine eng mit der

¹ Palandt/Diederichsen § 1615 I 1

² BGHZ 69, 82

Drittschadensliquidation verwandte Problematik vor¹. Es ging nicht um das Problem der Einbeziehung solcher Personen, die einer Partei irgendwie "nahestehen", sondern darum, die Zufälligkeiten der Mehrgliedrigkeit von bankrechtlichen Verträgen zu korrigieren².

Der entscheidende Umstand bei der Einbeziehung Dritter in die Schutzwirkung eines Vertrages ist aber, daß die Vertragsleistung auch zugunsten des Dritten erbracht wird³. Der Dritte muß im Hinblick auf das Schuldverhältnis zwischen den Vertragsparteien in das "Vertrauensverhältnis" einbezogen sein⁴.

Das ist hier der Fall. Die ärztliche Beratung erfolgt im Hinblick auf die Unterhaltsbelastung auch zugunsten des Vaters des Kindes, sei er nun mit der Mutter des Kindes verheiratet oder nicht. In beiden Fällen ist er dem Kind gegenüber aus §§ 1601 ff BGB beziehungsweise §§ 1601, 1615 a BGB, zum Unterhalt verpflichtet.

Die Unterhaltsverpflichtungen der Eltern können, da sie von Gesetzes wegen mit der Geburt des Kindes entstehen, nicht unabhängig voneinander auftreten.. Entsteht der Mutter ein Unterhaltsschaden, entsteht auch für den Vater eine Unterhaltsverpflichtung - seine Leistungsfähigkeit vorausgesetzt. Somit treffen die mit der ärztlichen Leistung verbundenen finanziellen Gefahren nach der Anlage des Schuldverhältnisses den Vater als Dritten ebenso stark, wie die Mutter als Gläubigerin⁵. Dies ist für den behandelnden Gynäkologen erkennbar.

1,2 Canaris Bankvertragsrecht Rn 22

3 Münch Komm/Gottwald § 328 Rn 69

4 Canaris JZ 1965, 478

5 Formulierung nach Gernhuber Nikisch Festschrift S. 270

Eine Ausuferung des ersatzberechtigten Personenkreises ist nicht zu befürchten, da lediglich der Vater anspruchsberechtigt ist.

Schließlich dürfte der Arzt in vielen Fällen auch nicht wissen, ob die Mutter tatsächlich verheiratet ist oder nicht. Dies wird ihm in aller Regel gleichgültig sein.

Damit besitzt der Behandlungsvertrag Schutzwirkung auch zugunsten des nichtehelichen Vaters, womit auch für ihn vertragliche Schadensersatzansprüche entstehen.

2.4. Vertragliche Schadensersatzansprüche des Kindes

Während die vertraglichen Ansprüche der Eltern noch etliche Berührungspunkte zu den Fällen einer fehlgeschlagenen Sterilisation¹ aufweisen, wurde bei der Behandlung der Ansprüche des Kindes in dem Fall BGHZ 86, 240 für die inländische Rechtsprechung juristisches Neuland betreten.

Das wird schon daran deutlich, das der BGH und das OLG München für das hier zu erörternde Problem auf den Ausdruck "wrongful life" aus dem angelsächsischen Sprachbereich zurückgreifen mußten. Die besonderen Schwierigkeiten rühren daher, daß hier der Wert des menschlichen Lebens mit juristischen Kriterien beurteilt werden soll.

¹ z.B.: BGHZ 76, 249 ff; BGHZ 76, 259 ff

2.4.1. Generelle Aktivlegitimation des Kindes

Bei der Behandlung der Frage, ob das Kind überhaupt eigene Ansprüche geltend machen kann, kann noch auf eine gefestigte Rechtsprechung zurückgegriffen werden.

Das Problem liegt hier darin, daß die eventuell zum Schadensersatz verpflichtende Unterlassung des Arztes zu einem Zeitpunkt erfolgte, an dem das Kind nach § 1 BGB noch nicht rechtsfähig war.

Der BGH zieht eine Parallele zu seiner Rechtsprechung bei § 823 I BGB. Dort hatte der BGH entschieden, daß eine haftungsbegründende Handlung auch vor der Geburt des Geschädigten¹ und selbst vor dessen Zeugung liegen kann².

Zu Recht hatte der BGH in diesen Entscheidungen auf den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen der den Schadensersatz begründenden Handlung und der Verletzung des geborenen Kindes abgestellt (sogenanntes Distanzdelikt). Damit wird die Entstehung eines Schadensersatzanspruchs zeitlich hinausgeschoben und davon abhängig, daß das Kind lebend zur Welt kommt³. Den Nasciturus als anderen im Sinne von § 823 I BGB anzusehen⁴, oder entgegen § 1 BGB seine Rechtsfähigkeit zu postulieren⁵, ist unnötig. Das Abstellen auf den Kausalzusammenhang führt zu befriedigenden Ergebnissen, ohne mit § 1 BGB zu kollidieren. Auch trägt diese Lösung dem Umstand Rechnung, daß die Leibesfrucht und das später geborene Kind identische Wesen sind⁶.

¹ BGHZ 58, 48

² BGHZ 8, 243

³ Larenz AT § 5 II

⁴ Münch Komm/Mertens § 823 Rn 60; Laufs NJW 1965, 1055

⁵ Wolf AT S. 145 ff

⁶ Hagen SchlHA 1982, 7

Hinsichtlich eines vertraglichen Schadensersatzanspruchs kann in diesem Punkt nichts anderes gelten, als für einen deliktischen Schadensersatzanspruch¹.

Eigenen Schadensersatzansprüchen des behindert geborenen Kindes gegen den die Mutter behandelnden Arzt steht demnach nicht entgegen, daß das Kind zum Zeitpunkt der Unterlassung des Arztes noch nicht rechtsfähig war.

Aber auch hier können Ansprüche nur bejaht werden, wenn der Behandlungsvertrag zwischen Mutter und Arzt drittschützende Wirkung auch zugunsten des Kindes entfaltet.

2.4.2. Der Behandlungsvertrag als Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten des Kindes

Der zwischen der Mutter und dem Arzt geschlossene Behandlungsvertrag begündet prinzipiell Schutzpflichten auch zugunsten des Kindes².

Die "klassischen", von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien³ zur Eingrenzung des im Schutzbereich eines Vertrages liegenden Personenkreises - die Leistungsnähe, der personenrechtliche Einschlag und die Erkennbarkeit für den Schuldner - liegen ebenso vor, wie bei dem Vater des Kindes (siehe oben 2.3.2.).

In kaum einem anderen Vertragsverhältnis dürfte der Dritte in einen derartig engen Kontakt zur Leistung des Schuldners kommen, wie das noch ungeborene Leben zur ärztlichen Behandlung der Mutter.

¹ BGHZ 86, 240 (253)

² ebenso Aretz JZ 1984, 720

³ Übersicht bei Medicus Rn 844 ff

Daß das Kind gemäß § 1 BGB erst nach der Geburt eigene Ansprüche stellen kann, steht der Annahme einer Schutzwirkung zu seinen Gunsten nicht entgegen (siehe oben 2.4.1.).

Damit ist allerdings noch nicht gesagt, daß diese prinzipiell bestehenden Schutzpflichten eigene Schadensersatzansprüche des behinderten Kindes wegen eines unterbliebenen Schwangerschaftsabbruchs begründen können.

Der BGH sieht sich an der Feststellung einer vertraglichen Schutzwirkung zugunsten des Kindes schon deshalb gehindert, weil das geltende Recht der Mutter die rechtfertigende Erlaubnis zum Schwangerschaftsabbruch ausdrücklich nur in ihrem eigenen Interesse gewähre¹.

Zutreffend ist, daß § 218 a StGB einen Schwangerschaftsabbruch nur im Interesse der Mutter ermöglicht, was sich schon aus dem Wortlaut des § 218 a I Nr. 2 StGB ergibt. Das bedeutet jedoch nicht, daß deshalb vertragliche Ansprüche des Kindes ausscheiden, da § 218 a StGB die durch den Behandlungsvertrag geschützten Interessen nicht ausschließlich bestimmt.

Durch die Schutzrichtung des Strafrechts wird die Mutter nicht gehindert, vertraglich einen Anspruch auf Aufklärung über die dem Kind drohenden Schäden auch in dessen Interesse zu vereinbaren². Der BGH müßte sich ansonsten konsequenterweise der Meinung des OLG München³ anschließen, das die Ersatzfähig-

¹ BGHZ 86, 240 (253)

² Medicus aaO S. 13

³ NJW 1981, 2014

keit des Unterhaltsschadens der Eltern mit dem Argument ablehnt, daß die Unterhaltsbelastung einen Schwangerschaftsabbruch nur in Ausnahmefällen rechtfertigt (siehe dazu oben 2.2.6.2.).

Das entscheidende Problem ist nicht der Schutzbereich des Vertrages, sondern die Frage, ob ein Integritätsinteresse des Kindes verletzt wurde.

2.4.3. Der Schaden des Kindes

Das OLG München vertrat den Standpunkt, daß dem Kind schon deshalb kein Schaden im Sinne der Differenztheorie entstanden sein könne, da das Kind dem zum Ersatze verpflichtenden Umstand erst sein Leben und damit seine Rechtsfähigkeit verdanke¹. Hätte der behandelnde Arzt seine Verpflichtungen erfüllt, wäre die Schwangerschaft abgebrochen worden und das Kind würde nicht leben. Folglich könnte das Kind gegenüber dem Arzt, dem es sein Leben verdankt, keine Schadensersatzansprüche stellen.

Dieser Gedanke ist auf den ersten Blick bestechend, hält aber einer genaueren Überprüfung nicht stand.

Gegen die Argumentation, ein Kind könne keinen Schadensersatzanspruch aus einer Handlung herleiten, der es seine Existenz verdankt, haben sich vor allem Heldrich² und Stoll³ ausgesprochen, allerdings in Bezug auf Ansprüche des Kindes gegenüber seinem Vater aus unerlaubter Handlung (siehe dazu unten 4.2.).

¹ NJW 1981, 2012

² JZ 1965, 594

³ Festschrift für Nipperdey I S. 762 f

Heldrich bezeichnet diese Ansicht als "spitzfindig"¹; mit der Zeugung könne durchaus eine Körper- oder Gesundheitsverletzung zusammenfallen².

Stoll vertritt die Ansicht, daß, wenn man einen Umstand als Unrecht wertet, dem das Kind seine Existenz verdankt, es nur folgerichtig sei, Schadensersatz zuzusprechen³.

Stoll entwickelt sein Argument am Fall eines von zwei Männern verabredeten Mehrverkehrs mit einer Frau, durch den ein aus dem Verkehr hervorgehendes Kind um seinen Unterhaltsanspruch gebracht werden sollte. Hierbei ist der dem Kind entstandene Schaden - der entgangene Unterhaltsanspruch - offensichtlich. Auch Heldrich setzt eine Gesundheitsverletzung, also ein verletztes Integritätsinteresse, voraus. Im Falle eines unterbliebenen Schwangerschaftsabbruchs hingegen ist es fraglich, ob dem Kind überhaupt ein Schaden entstanden ist. Daher sind die Ausführungen von Heldrich und Stoll nicht übertragbar.

Dennoch ist die Ansicht des OLG München abzulehnen. Zwar verdankt das Kind der Unterlassung des Arztes sein Leben, damit ist jedoch ein Schadensersatzanspruch des Kindes noch nicht ausgeschlossen. Der Schaden des Kindes könnte gerade darin liegen, als schwerbehinderter Mensch leben zu müssen, beziehungsweise darin, daß seine Geburt nicht verhindert wurde (siehe dazu unten 2.4.3.2. und 2.4.3.3.).

Aus diesem Grunde sind auch die Ausführungen von Aretz⁴ nicht zutreffend. Er ist der Ansicht, das Nichtleben sei als "Kein-Rechtsgut-Haben", als rechtliches Nullum zu definieren und eine rechtlich schlechtere Position als die des Nullum könne es

1 JZ 1965, 594

2 JZ 1965, 598

3 Festschrift für Nipperdey I S. 762 f

4 JZ 1984, 720

nicht geben. Verglichen mit diesem Nullum könne kein anderer Zustand rechtlich ein Schaden sein¹. Das ist nicht richtig, da es eine reine Wertungsfrage ist, ob man die Nichtexistenz oder das Leben als schwer- oder schwerstbehinderter Mensch als bessere Lage ansieht (siehe dazu unten 2.4.3.2.).

Deutlich wird dies bei einem Menschen, der eigenverantwortlich und in freier Entscheidung den Tod einem schmerzhaften und qualvollen Leben infolge einer schweren Krankheit vorzieht, weil er ein solches Leben im Vergleich zum Tode als schlechteren "Zustand" erachtet.

Auch ein eventuell bestehender Vermögensschaden wird durch die Argumentation des OLG München nicht ausgeschlossen, da die Person beziehungsweise die Existenz des Kindes nicht in eine Vermögensbilanz als Aktivposten eingestellt werden kann (siehe dazu oben 2.2.4.1.).

Die Ansicht, daß das Kind keinen Schadensersatzanspruch aus der Unterlassung des Arztes herleiten könne, da es dieser Unterlassung sein Leben erst verdanke, trifft nicht den Kern des Problems. Der Kern des Problems ist - entgegen Fischers Ansicht² - doch die Frage nach dem verletzten Rechtsgut. Findet sich kein verletztes Integritätsinteresse des Kindes, so scheidet ein vertraglicher Schadensersatzanspruch aus.

Auch Fischer stellt in seiner späteren Darstellung zu diesem Themenkreis³ diesen Fragenkomplex an den Ausgangspunkt, wenn er schreibt, daß der Arzt nur dann pflichtwidrig gegenüber dem Kind handelt, wenn er dessen eigene Interessen verletzt⁴.

1 JZ 1984, 720

2 in NJW 1981, 1991

3 JuS 1984, 434 ff

4 aaO S. 438

Als möglicherweise verletzte Integritätsinteressen des Kindes kommen seine Gesundheit, sein Lebensrecht, ein Recht auf Nichtexistenz und sein Vermögen in Betracht.

2.4.3.1. Gesundheitsverletzung

Aus dem Behandlungsvertrag ergibt sich für den Arzt die Pflicht, die Gesundheit von Mutter und Kind nicht zu schädigen. Die unterlassene Aufklärung über die Möglichkeit eines Schwangerschaftsabbruchs bewirkt jedoch keine Schädigung der Gesundheit des Kindes. Der nasciturus ist in den zu erörternden Fällen bereits geschädigt, bevor der Arzt seine vertraglichen Verpflichtungen verletzt. Die Schädigung des nasciturus beruht nicht auf einem Umstand, den der Arzt, etwa durch eine fehlerhafte Bluttransfusion¹, hervorgerufen hat, sondern ist unabhängig vom Verschulden des Arztes schicksalhaft eingetreten².

Zwar scheitern Ansprüche des Kindes nicht daran, wie zum Beispiel Selb meint³, daß die Annahme einer Gesundheitsverletzung das Vorliegen eines unverletzten Vorzustandes voraussetzen würde⁴. Es genügt die Vereitelung der Entstehung eines normalen Zustandes⁵.

Der Arzt steht durch den Behandlungsvertrag in einer Garantenstellung, die ihn verpflichtet, auch einen bereits eingetretenen Gesundheitsschaden zu beseitigen, sofern dies möglich ist. Unterläßt er

¹ so im "Luesfall" BGHZ 8, 243 ff

² Schönemann JZ 1981, 577

³ AcP 166, 110

⁴ ablehnend auch Medicus aaO S. 6

⁵ Heldrich JZ 1965, 598

dies, verletzt er die Gesundheit des Patienten, unabhängig davon, ob dieser jemals gesund war.

In den Fällen des unterbliebenen Schwangerschaftsabbruchs ist aber eine Heilbehandlung nicht möglich, da die Indikation nach § 218 a II Nr. 1 StGB eine nicht behebbare Schädigung des Gesundheitszustands der Leibesfrucht verlangt. Wäre eine Heilbehandlung möglich gewesen, könnte dem Arzt nicht der Vorwurf gemacht werden, er hätte die Möglichkeit eines Schwangerschaftsabbruchs vereitelt, sondern allenfalls der Vorwurf, er hätte die Heilbehandlung unterlassen.

Aus denselben Gründen ist es nicht möglich, das Leben, das ein genetisch geschädigtes Kind zu führen gezwungen ist, als vom Arzt verschuldete Gesundheitsverletzung im Rechtssinn aufzufassen. Eine Verletzung der Gesundheit setzt, wie eben dargelegt, einen Eingriff oder ein pflichtwidriges Unterlassen der Herstellung des "Normalzustandes" voraus. Das ist hier aber nicht der Fall.

Darüber hinaus bereitet es schon begrifflich Probleme, ein Leben als Gesundheitsverletzung anzusehen. Integritätsschutz garantiert nicht durchwegs Lebensqualität¹.

2.4.3.2. "Unwertes Leben" als Schaden

Im "Rötelnfall"² hatten die Eltern des behinderten Kindes vorgetragen, der Schaden ihrer Tochter liege darin, daß sie ein Leben führen müsse, welches bis zur Grenze des Lebensunwerten beeinträchtigt sei.

¹ RGRK Steffen § 823 Rn 13

² OLG München NJW 1981, 2012; BGHZ 86, 240

Das ließe sich nur dann bejahen, wenn es für das Kind besser wäre, nicht zu existieren, als schwerbehindert leben zu müssen¹. Dies wiederum setzt voraus, daß man das menschliche Leben überhaupt als lebensunwert betrachten kann.

Eine solche Wertung könnte von einem subjektiven und einem in der Rechtsordnung verwurzelten objektiven Standpunkt her erfolgen.

Für den subjektiven Standpunkt bietet sich in erster Linie die Sicht des betroffenen Kindes an.

Man kann durchaus der Meinung sein, daß das eigene Leben unter bestimmten Umständen die Grenze des Erträglichen überschreitet². Daß unsere Rechtsordnung eine derartige Ansicht eines einzelnen im Hinblick auf seine Person toleriert, wird daran deutlich, daß die Rechtsordnung auf eine strafrechtliche Verfolgung des Selbstmordversuchs verzichtet. Nur fehlt in den vom BGH entschiedenen Fällen, schon durch das geringe Alter der Kinder bedingt, jeder Anhaltspunkt dafür, welchen Standpunkt die behinderten Kinder selbst einnehmen.

Naheliegender wäre, da die Betroffenen selbst nicht, oder zumindest noch nicht, in der Lage sind, den "Wert ihres Lebens" zu beurteilen, auf die Meinung ihrer gesetzlichen Vertreter zurückzugreifen.

Doch deren subjektive Einstellung zum Wert des Lebens ihres Kindes kann schon deswegen nicht ausschlaggebend sein, weil das Lebensinteresse des Kindes nur zu leicht im Widerstreit mit ihren eigenen Interessen steht³.

^{1,2} Fischer JuS 1984, 438

³ Fischer JuS 1984, 438 Fn 70

Darüber hinaus kann generell für diese höchstpersönliche Bewertung nicht der subjektive Standpunkt eines anderen als des Betroffenen ausschlaggebend sein. Das menschliche Leben, das nach Abschluß der Nidation auch den nasciturus umfaßt, ist ein höchstrangiges Rechtsgut und absolut erhaltungswürdig. Das Urteil über seinen Wert steht keinem Dritten zu¹.

Somit bleibt hier als mögliches Bewertungskriterium für den Wert des Lebens eines Menschen nur ein durch die Rechtsordnung objektivierter Maßstab.

In dieser Hinsicht trifft das Grundgesetz in Art. 1 I und Art. 2 II S. 1 eine eindeutige Entscheidung zugunsten des Wertes auch eines Lebens als schwerbehinderter Mensch.

Art. 2 II S. 1 GG gewährleistet das Recht auf Leben. "Jeder" im Sinne des Art. 2 II S. 1 GG ist jeder Lebende, anders ausgedrückt: jedes Leben besitzende menschliche Individuum².

Das BVerfG hat entschieden, daß Art. 2 II S. 1 GG ein Bekenntnis zum grundsätzlichen Wert eines Menschenlebens und zu einer Staatsauffassung enthält, die sich in betonten Gegensatz zu den Anschauungen eines politischen Regimes stellt, dem das einzelne Leben wenig bedeutete und das deshalb mit dem angemäßen Recht über Leben und Tod des Bürgers schrankenlosen Mißbrauch trieb³.

"Jedes menschliche Leben ... ist als solches gleich wertvoll und kann deshalb keiner irgendwie gearteten, unterschiedlichen Bewertung ... unterworfen werden"⁴.

1 BGHZ 86, 240 (252)

2 BVerfGE 39, 1 (37)

3 BVerfGE 18, 112 (117)

4 BVerfGE 39, 1 (59)

Wo menschliches Leben existiert, kommt ihm Menschenwürde zu; es ist nicht entscheidend, ob der Träger sich dieser Würde bewußt ist und sie selbst zu wahren weiß¹.

Die Grundrechtsnormen verkörpern nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, eine "objektive Wertordnung", die "als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gilt und Impulse für Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung gibt"². Deshalb kann kein bundesdeutsches Gericht von sich aus ein bestimmtes menschliches Leben als lebenswert oder lebensunwert erachten und daher Schadensersatz zusprechen. Da es nicht um ein Integritätsinteresse geht, entzieht es sich den Möglichkeiten einer allgemeinverbindlichen Beurteilung, ob Leben mit schweren Behinderungen gegenüber der Alternative des Nichtlebens überhaupt im Rechtssinne einen Schaden oder aber eine immer noch günstigere Lage darstellt³.

Die Schwierigkeiten, die entstehen würden, wenn man dem menschlichen Leben verschiedene "Wertigkeiten" zumessen wollte, macht Arthur Kaufmann deutlich, wenn er fragt⁴, ob man dem geistig gesunden Raubmörder bescheinigen soll, sein Leben sei "nützlicher" oder "wertvoller" als das eines mongoloiden Kindes. Zudem gäbe es kein Halten mehr, wenn man einmal diesen Weg beschritten hätte, weil sich derartige Werturteile nicht sinnvoll begrenzen lassen⁵.

Die Argumentation der Eltern im "Rötelnfall" daß der Schaden des Kindes darin liegen würde, ein Leben

1 BVerfGE 39, 1 (41)

2 BVerfGE 7, 198 (205)

3 BGHZ 86, 240 (253)

4,5 JZ 1982, 487

an der Grenze zum Lebensunwerten führen zu müssen, geht fehl. Darüber, ob es bei so schweren Behinderungen besser ist, nicht zu leben, und wie schwer die Schäden dafür sein müssen, kann man unterschiedlicher Auffassung sein und letztlich höchstens für die eigene Person entscheiden¹.

2.4.3.3. "Recht des Kindes auf Nichtexistenz"

Das OLG München meint, es bestünden keine Ansprüche gegen den behandelnden Arzt, da auch der, der einen anderen an einem beabsichtigten Selbstmord hindert, sich nicht schadensersatzpflichtig macht, wenn als Folge des Selbstmordversuchs die Gesundheit geschädigt bleibt².

Dieser Vergleich "hinkt". Die Verhinderung eines Selbstmordes wird von der Rechtsordnung im Regelfall nicht als pflichtwidrig angesehen, die Nichterfüllung von vertraglichen Pflichten hingegen sehr wohl. Das tatenlose Geschehenlassen einer Selbsttötung kann sogar als Tötung auf Verlangen durch Unterlassen nach §§ 212, 216, 13 StGB beziehungsweise als unterlassene Hilfeleistung nach § 323 c StGB strafbar sein³.

Auch hier stellt sich richtigerweise wieder die Frage nach dem verletzten Integritätsinteresse; das heißt, ob das Kind einen Anspruch auf die Vornahme eines Schwangerschaftsabbruchs besitzt, oder

¹ Fischer NJW 1981, 1991

² NJW 1981, 2013

³ Schönke/Schröder vor § 211 Rn 39

anders formuliert, ein Recht auf Nichtexistenz.

Dieses Recht kann nicht aus § 218 a StGB abgeleitet werden, da dieser nur die Interessen der Mutter berücksichtigt und sie dem Lebensrecht des Kindes voranstellt (siehe oben 2.4.2.).

Deutsch hingegen meint: "Die soziobiologische Grundhaltung, wonach den Eltern nur im eigenen Interesse und nicht zum Wohl des Kindes ein Recht auf Abbruch der Schwangerschaft zugestanden wird, erscheint peinlich paternalistisch und überholt"¹. Daß § 218 a StGB allein das Interesse der Mutter berücksichtigt, folgt jedoch eindeutig aus dessen Wortlaut.

Deutsch spricht dem Kind den krankheitsbedingten Unterhaltsmehrbedarf zu, indem er ein Recht des Kindes auf Nichtexistenz aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht ableitet².

Er meint, dieses Persönlichkeitsrecht könnte sich darauf richten, ein normales Leben zu führen und nicht im Zustand schwerster Schädigung vegetieren zu müssen³. Aber auch die Anerkennung dieses Rechts setzt eine Bewertung des Lebens des Behinderten als unwert voraus. Dies ist jedoch nach Art. 2 II S. 1 GG nicht zulässig (siehe eben 2.4.3.2.).

Darüber hinaus will Deutsch das Kind so stellen, als hätte es gesund bei normalem Unterhaltsbedarf geboren werden können⁴. Dies war aber ausgeschlossen, da kein vom Arzt zu verantwortender Gesundheitsschaden vorlag (siehe oben 2.4.3.1.).

^{1,2,3} JZ 1983, 451 f

⁴ Medicus aaO S. 14

Wenn allerdings das OLG München ausführt, daß das Grundgesetz nur ein Grundrecht auf Leben, nicht auf Nichtexistenz¹ kenne, ist dieses Argument, für sich genommen, nicht überzeugend. Das Grundgesetz postuliert kein Recht auf "irgendein" Leben, sondern gemäß Art. 1 I i.V. mit Art. 2 I und II GG das Recht auf ein menschenwürdiges Dasein. Insoweit steckt in Deutschs Ansatz beim allgemeinen Persönlichkeitsrecht ein wahrer Kern. Dennoch ist er aus den eben dargelegten Gründen nicht zutreffend.

Auch wäre der Arzt nicht in der Lage, einem Recht auf Nichtexistenz nachzukommen². Zur Vornahme eines Schwangerschaftsabbruchs bedarf es der Einwilligung der Schwangeren. Verweigert die Schwangere die Einwilligung, würde sich der Arzt durch einen dennoch vorgenommenen Schwangerschaftsabbruch unter anderem nach § 218 StGB strafbar machen.

Die Aussage von Deutsch, das Kind als eigentlich Verletzter und Geschädigter sei stets anspruchsberechtigt³, ist eine Argumentation vom Ergebnis her. Das Kind ist nur dann anspruchsberechtigt, wenn es in einem Integritätsinteresse verletzt ist. Dies war aber zu beweisen und nicht vorauszusetzen.

2.4.3.4. Vermögensschaden

Schließlich ist als Schaden des Kindes ein Vermögensschaden zu erörtern, der dem Kind in Form seiner Lebenshaltungskosten entstehen könnte. Auch bei den Schadensersatzansprüchen der Eltern konnte der Scha-

¹ NJW 1981, 2012

² Schlund ArztR 1982, 66

³ JZ 1983, 452

den nicht in der Existenz des Kindes gesehen werden, sondern nur in den den Eltern durch diese Existenz entstehenden Kosten (siehe oben 2.2.4.2.).

Der Umstand, daß die Eltern dem Kind gegenüber unterhaltspflichtig sind, kann den Arzt entsprechend § 843 IV BGB nicht entlasten. In § 843 IV BGB drückt sich ein über den Wortlaut hinausgehender allgemeiner Rechtsgedanke aus, wonach ein Schädiger nicht auf Kosten des Unterhaltsverpflichteten entlastet werden soll. Dabei ist es ohne Bedeutung, auf welcher Grundlage der Schadensersatzanspruch beruht¹.

Erstellt man mit Hilfe der Differenzhypothese gemäß § 249 S. 1 BGB eine "Bilanz" der unterlassenen Aufklärung durch den Arzt in Bezug auf das Kind, ergibt sich folgendes Bild: Hätte der Arzt seine Verpflichtungen erfüllt, würde das Kind nicht leben und hätte auch keine Kosten; durch das Unterlassen des Arztes lebt das Kind, hat aber auch Lebenshaltungskosten. Da sich das Leben und die Nichtexistenz einer wertmäßigen Betrachtung entziehen (siehe oben 2.4.3.2. und 2.4.3.3.), verbleibt als Vergleich der Vermögenslagen ein Vermögensschaden des Kindes.

Dagegen kann, wie bereits oben (2.4.3.) dargelegt, auch nicht eingewendet werden, daß das Kind seine Rechtsfähigkeit erst dem Unterlassen des Arztes verdankt².

Dennoch erscheint der Gedanke, das behinderte Kind könne die Kosten seiner Existenz auf den die

¹ Münch Komm/Grunsky Vor § 249 Rn 108

² so OLG München NJW 1981, 2012

Mutter behandelnden Arzt abwälzen, problematisch. Zwar wäre dann das auch vom BGH¹ erörterte Problem gelöst, daß das Kind beim Tod der Eltern wirtschaftlich schutzlos bleibt, wenn man ihm keine eigenen finanziellen Ansprüche zuerkennt. Jedoch scheitert ein vertraglicher Anspruch des Kindes auf den Ersatz seiner Lebenshaltungskosten am Schutzbereich des Behandlungsvertrags.

2.4.4. Zurechenbarkeit des Vermögensschadens

Generell kann der zwischen Mutter und Arzt geschlossene Vertrag auch Schutzwirkungen zugunsten des Kindes entfalten und damit Ansprüche des Kindes begründen (siehe oben 2.4.2.).

Der BGH lehnt eigene Ansprüche des Kindes mit dem Argument ab, daß man bei Bejahung von Schadensersatzansprüchen gegen den Arzt konsequenterweise dem Kind auch Ansprüche gegenüber seinen Eltern einräumen müßte, wenn diese in Kenntnis einer schweren genetischen Belastung ein Kind gezeugt haben². Bei der Frage, ob die Eltern pflichtwidrig handeln, sind jedoch andere Bewertungsmaßstäbe als beim Handeln Dritter heranzuziehen³.

Die Schwangerschaft gehört zur Intimsphäre der Frau, deren Schutz durch Art. 2 I GG in Verbindung mit Art. 1 I GG verfassungsrechtlich verbürgt ist⁴. Der Arzt hingegen kann sich für seine

¹ BGHZ 86, 240 (255)

² BGHZ 86, 240 (255)

³ Fischer JuS 1984, 439

⁴ BVerf GE 39, 1 (43)

Vertragsverletzung nicht auf den Schutz des Grundgesetzes berufen. Daher folgt aus der etwaigen Anerkennung von Ansprüchen gegenüber dem Arzt nicht zwingend, daß auch Ansprüche des Kindes gegenüber seinen Eltern bestehen (siehe dazu unten 4.).

Nicht zu überzeugen vermag in diesem Zusammenhang auch das Argument von Medicus, daß bei Bejahung von eigenen Schadensersatzansprüchen des Kindes die Gefahr bestünde, daß der Arzt in Zweifelsfällen allzu leicht den - für ihn zivilrechtlich nicht riskanten - Rat zur Abtreibung geben würde¹.

An sich wäre dies ein beachtenswerter Gesichtspunkt. Medicus übersieht aber, daß etwaige Ansprüche des Kindes wegen eines "wrongful life" mit denen der Eltern auf Ersatz des Unterhaltsschadens - die auch Medicus bejaht² - einhergehen. Damit wäre für den Arzt, auch ohne Ansprüche des Kindes selbst, ein genügender Anreiz zu einer "abtreibungsfreundlichen" Beratung gegeben.

Auch für den Fall des Todes der Eltern - den Medicus wohl eigentlich im Auge hat - gilt nichts anderes. Zwar entfallen dann, sofern man Ansprüche des Kindes verneint, alle Ansprüche an den behandelnden Arzt. Jedoch wird ein behandelnder Arzt kaum mit dem wenig wahrscheinlichen Fall rechnen und seine Beratung daraufhin abstimmen, daß die Eltern kurz nach der Geburt des Kindes versterben, ohne daß Ansprüche auf Ersatz eines Unterhaltsschadens geltend gemacht wurden. Er wird vom "Normalfall" ausgehen, in dem

^{1,2} aaO S. 16 f

die Bejahung von eigenen Ansprüchen des Kindes lediglich die Höhe der an ihn möglicherweise gestellten Ansprüche berührt, zumal hier der Tod der kranken Kinder wahrscheinlicher ist, als der Tod der Eltern. Damit ist für den Arzt die "Motivation" bei der Beratung unabhängig davon, ob er zusätzlich zu den Ansprüchen der Eltern auch mit etwaigen Ansprüchen des Kindes zu rechnen hat. Dennoch stehen dem Kind keine vertraglichen Schadensersatzansprüche gegen den Arzt, der die Mutter behandelt hat, zu.

Der Schutzbereich des Behandlungsvertrages umfaßt nicht die Lebenshaltungskosten oder andere auf ein Recht zur Nichtexistenz gerichtete Integritätsinteressen des Kindes, sofern man diese, wie etwa Deutsch¹, entgegen der hier vertretenen Ansicht, bejaht.

Wie bereits oben (2.4.3.3.) dargelegt, ist der Arzt rechtlich nicht in der Lage, die Existenz des Kindes gegen den Willen der Mutter zu verhindern. Auch wenn der Arzt seine Aufklärungspflichten gegenüber den Eltern nicht verletzt, kann es durchaus sein, daß die Mutter sich trotz der Gefahr, ein behindertes Kind zu bekommen, gegen einen Schwangerschaftsabbruch entscheidet. Auch dann hat das Kind keinerlei Ansprüche. Es geht nicht an, vom Arzt zu verlangen, er habe Interessen des Kindes zu schützen, die er auch bei größter Sorgfalt nicht zu bewahren vermag.

Die Ansprüche gegen den behandelnden Arzt beschränken sich aber nicht nur auf vertragliche Schadens-

¹ JZ 1983, 451

ersatzansprüche aus positiver Vertragsverletzung. Auch das Deliktsrecht vermag Ansprüche - zumindest der Eltern - gegen den behandelnden Arzt zu begründen.

3. Deliktische Ansprüche gegen den behandelnden Arzt

3.1. Schadensersatzansprüche der Mutter

Eine Körper- beziehungsweise Gesundheitsverletzung der Mutter könnte in zwei Umständen gesehen werden. Zum einen ist an die Fortdauer der Schwangerschaft und die Geburt als solche, zum anderen an die psychische Belastung durch das Haben eines behinderten Kindes zu denken.

3.1.1. Die Geburt als Körperverletzung der Mutter

In seiner Rechtsprechung zu den Sterilisationsfällen vertrat der BGH die Ansicht, daß die Herbeiführung einer Schwangerschaft und Geburt gegen den Willen der betroffenen Frau, auch wenn es sich um einen normalen, physiologischen Ablauf ohne Komplikationen handele, eine Körperverletzung im Sinne von § 823 I BGB darstelle¹.

¹ BGH NJW 1980, 1453 (insoweit in BGHZ 76, 259 nicht abgedruckt)
zweifelnd: Medicus aaO S. 12

Zu Recht begründet der BGH dies damit, daß eine Verletzung des Körpers im zivilrechtlichen Sinne schon in jedem unbefugten Eingriff in die Integrität der "körperlichen Befindlichkeit" erblickt werden muß, da anders das Recht am eigenen Körper als gesetzlich ausgeformter Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nicht angemessen geschützt wäre¹.

Eine aus einer ungewollten Schwangerschaft resultierende Geburt, die auf das Verschulden eines Dritten zurückzuführen ist, ist ein schwerer Eingriff in die Integrität der "körperlichen Befindlichkeit" einer Frau. Die Belastungen des Organismus einer Frau durch die Schwangerschaft und die in aller Regel mit starken Schmerzen verbundene Geburt lassen daran keinen Zweifel.

Gegen die Auffassung des BGH, eine durch einen Dritten verschuldete, ungewollte Geburt sei eine Körperverletzung im Sinne von § 823 I BGB, wendet sich Hagen². Hagen führt zwar auch aus, daß Schwangerschaft und Geburt mit einer nachhaltigen Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens und auch der körperlichen Unversehrtheit verbunden seien. Aber Schwangerschaft und Geburt seien natürliche Vorgänge, die zudem in der Schaffung neuen Lebens einmündeten und damit den wohl höchsten Wert unserer Sitten- und Rechtsordnung verwirklichten.

Dies kann nicht überzeugen. Daß Schwangerschaft und Geburt natürliche Vorgänge sind, schließt nicht aus, sie als Körperverletzung zu werten.

¹ BGH NJW 1980, 1453

² SchlHA 1982, 6

Auch die Schmerzempfindung ist ein natürlicher Vorgang. Dennoch liegt im Zufügen von Schmerzen, sofern es nicht, wie bei einer Operation, durch eine Einwilligung des Betroffenen gerechtfertigt wird, eine Körperverletzung im Sinne von § 823 I BGB. Darüber hinaus ist die Schwangerschaft, zumindest in unserem Kulturkreis, keineswegs der natürliche "Normalzustand" einer Frau.

Zu beachten ist auch die Willens- und Entscheidungsfreiheit der Frau. Auch wenn Schwangerschaft und Geburt natürliche Vorgänge sind, dürfen sie nicht gegen den Willen der Frau - unter Berücksichtigung von §§ 218 ff StGB - aufrechterhalten werden¹.

Ebenfalls nicht zu überzeugen vermag das Argument, daß, würde man die Schwangerschaft als Rechtsgutverletzung im Sinne von § 823 I BGB anerkennen, auch jeder Ehemann, der sich entgegen einer Absprache unter den Eheleuten beim ehelichen Verkehr nicht "vorsieht", seiner hierdurch schwanger gewordenen Ehefrau ein Schmerzensgeld schulden würde².

In diesem Fall trifft die Ehefrau ein erhebliches Mitverschulden, da sie sich auf eine - wie allgemein bekannt ist - sehr unsichere Verhütungsmethode eingelassen hat. Im Falle einer fehlerhaften Sterilisation hingegen fehlt es am Mitverschulden der Frau.

Vor allem aber ist hier ein Bereich der zwischenmenschlichen Beziehungen betroffen, der der juristi-

1 ebenso: Deuchler aaO S. 121 f

2 Hagen SchlHA 1982, 6

schen Betrachtung verschlossen ist. Die Beziehung zwischen Mann und Frau in diesem Punkt besitzt eine gänzlich andere Qualität als die vertragliche Beziehung zwischen Arzt und Patientin und deren deliktsrechtliche Folgen.

Damit ist eine ungewollte Geburt infolge einer fehlerhaften Sterilisation mit dem BGH als Körperverletzung im Sinne von § 823 I BGB aufzufassen. Eine solche Körperverletzung im zivilrechtlichen Sinne begeht auch der, der eine Schwangerschaft gegen den Willen der Mutter durch pflichtwidriges Unterlassen verursacht hat¹.

Diese für die Fälle der fehlgeschlagenen Sterilisation entwickelten Grundsätze, also für Fälle, in denen schon die Schwangerschaft als solche auf das Verschulden eines Arztes zurückzuführen ist, sind nach Ansicht des BGH nicht auf die Fälle des unterbliebenen Schwangerschaftsabbruchs übertragbar.

Dies ergäbe sich daraus, daß in den Fällen des unterbliebenen Schwangerschaftsabbruchs die Schwangerschaft nicht auf dem Versagen des Arztes beruhe, sondern auf einem freien Entschluß der Mutter, oder die Schwangerschaft von dieser zumindest hingenommen worden sei². Allenfalls eine eventuelle Mehrbelastung, die bei der Geburt eines behinderten Kindes entsteht, also eine etwa ansonsten nicht notwendige Kaiserschnittentbindung, könne als Körperverletzung angesehen werden³.

Diese Ansicht des BGH ist bedenklich. Hätte der Arzt seine Verpflichtung zur Aufklärung erfüllt, wäre zwar die Schwangerschaft nicht rückwirkend

¹ BGH NJW 1980, 1453 (insoweit in BGHZ 76, 259 nicht abgedruckt)

² BGHZ 86, 240 (248)

³ BGHZ 86, 240 (248); ebenso wohl auch Schönemann JZ 1981, 575

beseitigt worden, aber die Belastung der Mutter durch die Geburt und ein Teil der Schwangerschaftsbeschwerden wären nicht aufgetreten.

Auch ein unterlassener ärztlicher Eingriff kann eine Körperverletzung im Sinne von § 823 I BGB darstellen, sofern sich der Arzt, wie hier, zu einer medizinischen Betreuung verpflichtet hat. Zwar erstreckt sich diese vertraglich begründete Garantiepflicht des Arztes nicht auf die Vornahme eines Schwangerschaftsabbruchs, aber doch auf dessen prinzipielle Ermöglichung durch pflichtgemäße Information der Eltern (siehe oben 2.2.2.).

Im Falle der mißlungenen Sterilisation hat der Arzt für die Entstehung, in den Fällen des unterbliebenen Schwangerschaftsabbruchs für das Fortbestehen der Schwangerschaft einzustehen. In beiden Fällen wäre es bei pflichtgemäßem Verhalten des Arztes nicht zur (weiteren) Schwangerschaft und Geburt gekommen¹. Folglich sind das Aufrechterhalten der Schwangerschaft und die sich anschließende Geburt, entgegen dem BGB auch hier als Körperverletzung im Sinne von § 823 I BGB anzusehen.

Auch der BGH hat inzwischen seinen Standpunkt teilweise aufgegeben und entschieden, daß im Einzelfall die körperliche und vor allem auch seelische Belastung der Schwangeren durch den Fortbestand ihrer Schwangerschaft einen so schwerwiegenden Eingriff in ihre körperliche Befindlichkeit darstellen könne, daß ein Schmerzensgeldanspruch in Betracht käme. Dabei müsse allerdings die Belastung gerade

¹ OLG Zweibrücken NJW 1984, 1825

auf das dem Arzt zuzurechnende Mißlingen eines Schwangerschaftsabbruchs zurückzuführen sein¹.

Jedoch ist das Abstellen auf den Einzelfall im Interesse der Rechtssicherheit unbefriedigend. Der BGH sollte aus den oben dargelegten Gründen die Aufrechterhaltung der Schwangerschaft mit der anschließenden Geburt generell als Körperverletzung ansehen und sich nicht von Einzelfall zu Einzelfall "tasten". Die besonderen Umstände des Einzelfalls sollten bei der Höhe des Schmerzensgeldes berücksichtigt werden (zum Schmerzensgeld siehe unten 3.) und nicht zur Haftungsbegründung herangezogen werden. Die gegenüber einer "normalen" Schwangerschaft und Geburt entstehende Mehrbelastung ist ein viel zu ungenaues Abgrenzungskriterium.

Schünemann² erkennt das Problem, wenn er meint, daß das Aufrechterhalten einer von der betroffenen Frau "so" - das heißt, bei einem behinderten Kind - nicht gewollten Schwangerschaft keine Körperverletzung darstelle. Die Körperverletzung liegt nicht darin, daß eine "so" nicht gewollte Schwangerschaft aufrechterhalten wird, sondern darin, daß überhaupt eine Schwangerschaft aufrechterhalten wird, deren Fortsetzung der Mutter im Falle einer ordnungsgemäßen ärztlichen Aufklärung erspart geblieben wäre.

¹ BGH NJW 1985, 673 f

² JZ 1981, 575

3.1.2. Der Umfang des Schadensersatzanspruchs

Der Arzt hat der Patientin gemäß § 823 I BGB den aus der Körperverletzung entstehenden Schaden zu ersetzen, zum Beispiel die Kosten der Entbindung, der ärztlichen Betreuung während der Schwangerschaft und gemäß § 842 BGB einen eventuell auftretenden Verdienstausfall. Dabei sind aber auf der anderen Seite die ersparten Kosten für einen Schwangerschaftsabbruch zu berücksichtigen.

Auf einen Schmerzensgeldanspruch aus § 847 I BGB wird noch unter 3.4.1. einzugehen sein.

Fraglich ist hingegen, ob der der Mutter entstehende Unterhaltsschaden - in der Regel gemäß 1606 BGB der Arbeitsaufwand durch die Pflege und Erziehung des Kindes - als Folge der Körperverletzung nach § 823 I BGB zu ersetzen ist.

Die Körperverletzung ist *condicio sine qua non* für die Entstehung der Unterhaltsbelastung. Auch hält sich der Unterhaltsschaden im Rahmen der Adäquanz. Jedoch ist auch bei § 823 I BGB der Schutzbereich der verletzten Norm zu beachten, mit anderen Worten, es ist darauf zu achten, ob es sich um eine Folge handelt, die in den Bereich der Gefahren fällt, um derentwillen die Rechtsnorm erlassen wurde¹.

§ 823 I BGB schützt hier nur die körperliche Unversehrtheit der Mutter. Die Unterhaltsbelastung knüpft aber nicht an den Eingriff in die körperliche Unversehrtheit an, sondern ist eine gesetzliche Folge

¹ BGH NJW 1968, 2288

des Verwandtschaftsverhältnisses zwischen Mutter und Kind und insoweit ein reiner Vermögensschaden, der nicht im Schutzbereich der in § 823 I explizit aufgeführten Integritätsinteressen liegt (zum Recht auf Familienplanung siehe unten 3.1.4.). Die Unterhaltsverpflichtung wird durch die Existenz des Kindes ausgelöst und hat mit der Tatsache, daß Schwangerschaft und Geburt einen Eingriff in den Körper der Mutter bedeuten, nichts zu tun¹. § 823 I BGB soll hier, im Gegensatz zum ärztlichen Behandlungsvertrag (siehe oben 2.2.6.), die Mutter nicht vor der Entstehung einer gesetzlichen Unterhaltspflicht bewahren.

Die deliktischen Ansprüche der Mutter beschränken sich aber nicht auf die Anerkennung der Geburt des Kindes als Körperverletzung im Sinne von § 823 I BGB.

3.1.3. Das Haben eines behinderten Kindes als Gesundheitsverletzung

Eine Gesundheitsverletzung im Sinne des § 823 I BGB setzt keine physische Einwirkung auf den Körper des Verletzten voraus, vielmehr kann eine Gesundheitsbeschädigung auch psychisch vermittelt werden². Daher ist zu untersuchen, ob die Mutter gegen den Arzt Ansprüche wegen der seelischen Belastung durch das Haben eines behinderten Kindes geltend machen kann.

¹ Mertens FamRZ 1969, 252

² BGHZ 56, 163 (165)

In einer Entscheidung über die seelische Erschütterung ("Schockschaden") durch die Nachricht vom tödlichen Unfall eines Angehörigen¹ hat der BGH ausgeführt, daß das geltende Recht bewußt einen Anspruch für Schäden durch zugefügten seelischen Schmerz versage, sofern dieser nicht wiederum eine Auswirkung der Verletzung der eigenen Gesundheit sei. Deshalb müßten unter Umständen auch Beeinträchtigungen ersatzlos bleiben, die zwar medizinisch erfaßbar seien, sich aber nicht in einer ungewöhnlichen, "traumatischen" Auswirkung als echte körperliche oder geistig/seelische Gesundheitsbeschädigung verwirklichten². Der Schutzzweck des § 823 I BGB decke nur Gesundheitsschädigungen, die nach Art und Schwere diesen Rahmen überschreiten³.

Von denselben Überlegungen scheint der BGH im "Rötelnfall"⁴ ausgegangen zu sein.

Der BGH hält Ansprüche der Mutter wegen der seelischen Belastung durch das Haben eines schwergeschädigten Kindes lediglich dann für gegeben, wenn die seelische Belastung ausnahmsweise Krankheitswert erreicht⁵.

Dem ist nicht zuzustimmen. Die Rechtsprechung läßt in anderen Fällen psychisch verursachter Gesundheitsverletzungen, zum Beispiel bei Schlafstörung durch Lärmbelästigung, sehr viel geringere Beeinträchtigungen ausreichen. Die restriktive Auslegung

¹ BGHZ 56, 163 ff

² BGHZ 56, 163 (164 f)

³ BGHZ 56, 163 (165)

⁴ BGHZ 86, 240

⁵ BGHZ 86, 240 (249)

bei Schockschäden soll lediglich eine Ausuferung der Haftung verhindern¹.

In den hier zu erörternden Fällen ist aber der Kreis der möglicherweise Anspruchsberechtigten eng begrenzt. In Frage kommen nur die Mutter und eventuell, wenn auch - zumindest nach landläufiger Meinung - weniger wahrscheinlich, der Vater des Kindes. Daher ist eine restriktive Auslegung, im Gegensatz zu den Schockschadensfällen, nicht geboten.

Auch würde sich die Nichtanerkennung eines Anspruchs wegen Gesundheitsbeeinträchtigung in schroffen Gegensatz zu der in § 218 a II Nr. 1 StGB getroffenen Wertung setzen.

Die eugenische Indikation beruht auf einer Unzumutbarkeitserwägung, bei der es entscheidend darauf ankommt, der Schwangeren die zu befürchtende psychische Belastung zu ersparen². Ausschlaggebend ist die notstandsähnliche Konfliktlage, in der die Schwangere gegenüber dem als solchem uneingeschränkt anerkannten Leben und Lebensrecht des Embryos - auch des geschädigten - steht und in der ihr die Hinnahme unzumutbarer Belastungen nicht abverlangt werden kann³.

Wenn die seelische Belastung der Mutter, die durch ein behindertes Kind hervorgerufen werden kann, so schwer wiegt, daß sie einen Schwangerschaftsabbruch rechtfertigt, der grundsätzlich eine Tötungshandlung ist⁴, erscheint es merkwürdig, die Belastung andererseits als nicht gewichtig genug zu erachten, um einen zivilrechtlichen Schadensersatzanspruch

¹ Fischer JuS 1984, 437

² Schönke/Schröder § 218 a Rn 19

³ aaO Rn 26

⁴ BVerfGE 39, 1 (46)

wegen dieser seelischen Belastung zu begründen. Zwar müssen die Wertungen im Zivil- und Strafrecht nicht unbedingt übereinstimmen, aber an dieser Stelle ist, vor dem Hintergrund des durch Art. 2 II GG geschützten Lebensrecht des nasciturus, eine einheitliche Betrachtungsweise geboten.

Für den Umfang dieses Schadensersatzanspruchs wegen der Belastung durch das Haben eines behinderten Kindes gilt das oben Gesagte (3.1.2.). Der Anspruch der Mutter umfaßt zwar Schäden, wie zum Beispiel einen Verdienstausfall oder die Kosten einer ärztlichen Behandlung, die durch die psychische Belastung notwendig geworden ist, nicht aber den Unterhaltsschaden. Dieser befindet sich nicht mehr im Schutzbereich von § 823 I BGB.

Auf einen Schmerzensgeldanspruch wird noch unter 3.4.1. einzugehen sein.

Die ungewollte und vermeidbare Geburt eines behinderten Kindes berührt aber nicht nur die körperliche Integrität und gesundheitliche Verfassung der Mutter, sondern verletzt auch deren Willens- und Entschließungsfreiheit.

3.1.4. Ansprüche aus fehlgeschlagener Familienplanung

Eine Reihe von Autoren¹ vertritt die Ansicht, als Ausstrahlung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts bestehe ein "Recht auf Familienplanung", also ein Recht der Eltern, selbst zu entscheiden - soweit

¹ Lankers FamRZ 1969, 385; Heldrich JuS 1969, 460; D. Giesen FamRZ 1970, 569; Schiemann JuS 1980, 711; Schünemann JZ 1981, 576; Fischer JuS 1984, 437; Schlund ArztR 1982, 68

das möglich ist - ob, wann und wie oft man Leben erzeugt oder empfängt¹. Dieses Recht könne als sonstiges Recht im Sinne von § 823 I BGB einen deliktischen Anspruch auf Schadensersatz bei der Geburt eines ungewollten Kindes infolge Drittverschuldens begründen.

In den Fällen des durch ärztliches Verschulden unterbliebenen Schwangerschaftsabbruchs führt die Anerkennung dieses Rechts zu einem vom Vertrag unabhängigen Anspruch auf Ersatz des Unterhaltschadens, der nicht aus dem Gesichtspunkt der Körperverletzung (siehe oben 3.1.2.) oder der Gesundheitsverletzung durch das Haben eines schwerbehinderten Kindes (siehe oben 3.1.3.) erstattungsfähig ist. Auch kann dann, falls der Arzt ohne eigenes Verschulden auf Grund eines Gerätefehlers oder wegen Verwendung einer mangelhaften Substanz zu falschen Untersuchungsergebnissen kommt, der Hersteller dieser Geräte und Substanzen nach den Grundsätzen der Produzentenhaftung in Anspruch genommen werden².

Schließlich ermöglicht die Anerkennung eines Rechts auf Familienplanung im Rahmen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts die Einbeziehung des Vaters als Schadensersatzberechtigten unabhängig von der vertraglichen Grundlage.

Mertens wendet gegen ein Recht auf Familienplanung ein, daß es der bisherigen systematischen Ausarbeitung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts widersprechen dürfte, ein Recht auf Familienplanung als deliktisch relevante Persönlichkeitsverletzung

¹ Lankers FamRZ 1969, 385

² Fischer JuS 1984, 437; Heldrich JuS 1969, 461

anzusehen¹. Dieses Argument kann nicht überzeugen. Das Persönlichkeitsrecht ist aufzufassen als einheitliches, umfassendes, subjektives Recht auf Achtung und Entfaltung der Persönlichkeit, oder als sogenanntes Quellenrecht für einzelne, konkretisierte Gestaltungen².

Zur Achtung und Entfaltung der Persönlichkeit gehört es, daß die die Intimsphäre betreffende Entscheidung, ein Kind zur Welt zu bringen oder nicht, respektiert wird. Bietet sich den Eltern die Möglichkeit, ihre Familienplanung durch hormonelle Kontrazeptiva, eine Sterilisation oder einen indizierten und damit rechtmäßigen Schwangerschaftsabbruch zu steuern, darf diese Möglichkeit von einem Dritten nicht vereitelt werden, ohne daß er wenigstens für die finanziellen Folgen seines Tuns einzustehen hätte.

Eine Ausnahme ist insofern nur dann zu machen, wenn ein Arzt aus moralischen Gründen die Vornahme eines Schwangerschaftsabbruchs ablehnt. Denn dann kollidiert dessen Persönlichkeitsrecht mit dem der Eltern. Folglich ist auch bei dem Recht auf Familienplanung, wie auch sonst beim allgemeinen Persönlichkeitsrecht, eine Interessenabwägung nötig³.

Würde man sanktionslos zulassen, daß ein Arzt oder eine andere Person durch ihr Fehlverhalten Eltern ein Kind aufzwingt, das die Eltern nicht wollten, würde man die Eltern in diesem Punkt gleichsam "entmündigen".

1 Mertens Münch Komm § 823 Rn 62

2 Palandt/Thomas § 823 Nr. 15 A

3 anders Schünemann JZ 1981, 576

Der Persönlichkeitsschutz würde unglaublich, wenn zwar die Freiheit, selbst darüber zu bestimmen, ob ein Brief veröffentlicht oder ein Bild zu Werbezwecken benützt wird, als Bestandteil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts deliktischen Schutz genießt, nicht aber die fundamentale und im Höchstmaß persönliche Entscheidung, ein Kind zu bekommen¹.

Das Argument, daß die Anerkennung eines Rechts auf Familienplanung im Rahmen des § 823 I BGB die "allgemeine Handlungsfreiheit der Rechtsgenossen" einengen würde², kann ebenfalls nicht überzeugen.

Daß die Zuerkennung von Schadensersatz die Aktionsfreiheit dessen einengt, der schadensersatzpflichtig wird, liegt auf der Hand. Doch ist nicht einzusehen, warum jemand, dem eine Pflichtwidrigkeit unterläuft, unter Berufung auf seine Handlungsfreiheit den finanziellen Folgen seiner Unrechthandlung entgehen soll.

Darüber hinaus wird die Handlungsfreiheit der Eltern durch die Vereitelung ihrer Familienplanung in viel größerem Maße eingeengt, als die Handlungsfreiheit des Arztes durch die Zuerkennung von Schadensersatz. Der Arzt wird nur mit finanziellen Einbußen belastet, die Eltern müssen sich, womöglich lebenslang, um ein Kind kümmern, das sie nicht wollten.

Auch der BGH scheint der Anerkennung des Rechts auf Familienplanung im Rahmen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nicht gänzlich ablehnend gegenüberzustehen.

¹ Lankers FamRZ 1969, 385

² Mertens FamRZ 1969, 252

Im Rötelnfall¹ lehnt der BGH einen deliktischen Anspruch wegen Verletzung des Rechts auf Familienplanung nur deswegen ab, weil hier lediglich eine die Persönlichkeit betreffende Entscheidung des Betroffenen faktisch vereitelt würde².

Daraus läßt sich schließen, daß der BGH wenigstens prinzipiell ein Recht auf Familienplanung als Ausstrahlung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts anerkennt.

Der Ansicht des BGH, daß eine faktische Vereitelung der Entscheidung des Betroffenen nicht als Verletzung dieses Rechts gewertet werden könne, kann allerdings nicht gefolgt werden. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt eine Person auch in dynamischer Sicht in ihrem Recht auf freie Entfaltungsmöglichkeit und aktive Entschliebungsfreiheit³. Diese Entschliebungsfreiheit ist nur dann gewährt, wenn der Arzt die Voraussetzungen dafür schafft, daß eine Entscheidung durch die Eltern getroffen werden kann.

Folglich kann die Mutter ihren Unterhaltsschaden auch als deliktischen Anspruch aus § 823 I BGB geltend machen. Die Freiheit, sich im Rahmen des rechtlich Zulässigen für oder gegen ein Kind zu entscheiden, darf nicht sanktionslos dem Fehlverhalten Dritter ausgesetzt werden.

¹ BGHZ 86, 240

² BGHZ 86, 240 (249)

³ Palandt/Thomas § 823 Nr. 15 B

3.2. Schadensersatzansprüche des Vaters

3.2.1. Das Haben eines behinderten Kindes als Gesundheitsverletzung

Der Mutter steht ein deliktischer Anspruch wegen der psychischen Belastung durch das Haben eines behinderten Kindes zu, wenn diese Belastung medizinisch erfaßbar ist (siehe oben 3.1.3.).

Es ist nicht einzusehen, warum dem Vater des Kindes ein solcher Anspruch versagt werden sollte, sofern auch er eine psychisch bedingte Gesundheitsverletzung erleidet, was allerdings - zumindest nach landläufiger Meinung - weniger wahrscheinlich ist.

Dagegen kann nicht eingewendet werden, daß eine Ausuferung der Haftung des Arztes eintreten würde. Der Kreis der Anspruchsberechtigten beschränkt sich auf die Mutter und den Vater des Kindes (siehe oben 3.1.3.). Darüber hinaus kann der Arzt die Möglichkeit einer psychischen Belastung des Vaters eines behinderten Kindes durchaus vorhersehen.

Auch hier umfaßt dieser Anspruch nicht den Ersatz der für den Vater entstehenden Verpflichtung zum Unterhalt (siehe dazu oben 3.1.2.). Diese Verpflichtung wird aber durch das Recht auf Familienplanung erfaßt.

3.2.2. Ansprüche aus fehlgeschlagener Familienplanung

Das Recht auf Familienplanung als Ausstrahlung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts begründet Ansprüche auch des Vaters. Auch seine Intimsphäre

wird - ebenso wie die der Mutter - dadurch verletzt, daß ihm gegen seinen Willen ein Kind aufgezwungen wird. Es kann deshalb auf die bei der Mutter erörterten Gesichtspunkte verwiesen werden (siehe oben 3.1.4.).

3.3. Ansprüche des Kindes

Wie bereits bei den vertraglichen Schadensersatzansprüchen ausgeführt wurde (siehe oben 2.4.), kann weder eine Gesundheitsverletzung, noch eine andere Verletzung von Rechtsgütern des Kindes angenommen werden. Ein behindertes Leben kann nicht als "Unwert" bezeichnet werden. Auch ein aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht abgeleitetes Recht des Kindes auf Nichtexistenz besteht nicht (siehe oben 2.4.3.3.).

Darüber hinaus führt der BGH zu Recht aus, daß eine unmittelbare deliktsrechtliche Pflicht, die Geburt einer Leibesfrucht zu verhindern, innerhalb des allgemein auf Integritätsschutz ausgerichteten Kreises der deliktischen Verhaltensnormen einen Fremdkörper bilden würde¹.

Dies gilt allerdings nur in Bezug auf deliktsrechtliche Pflichten dem Kind gegenüber. Die Verletzung des Rechts auf Familienplanung ist sehr wohl ein Eingriff in die Integritätsinteressen der Eltern, (siehe oben 3.1.4.). Die eben erwähnten Ausführungen des BGH finden sich bei der Erörterung von Ansprüchen des Kindes und beziehen sich nicht auf Ansprüche der Eltern.

¹ BGHZ 86, 240 (251 f)

Somit vermag auch das Deliktsrecht keine Ansprüche des Kindes zu begründen, sondern schützt hier - ebenso wie der Behandlungsvertrag - ausschließlich die Eltern.

3.4. Schmerzensgeldansprüche

Weiter ist zu untersuchen, ob den Eltern und dem behinderten Kind Schmerzensgeldansprüche zustehen. Schmerzensgeldansprüche erscheinen besonders geeignet, um einen Ausgleich für die entstandenen immateriellen Belastungen zu gewähren. Auch einige Autoren, die die Ersatzfähigkeit des Unterhaltsschadens ablehnen, wollen zumindest den Eltern Schmerzensgeld zugestehen¹.

3.4.1. Ansprüche der Eltern

Entgegen der vom BGH vertretenen Ansicht², steht der Mutter ein Schmerzensgeldanspruch aus § 847 BGB für die Belastungen durch die Geburt des Kindes zu.

Die Ablehnung dieses Anspruchs durch den BGH ist konsequent, da der BGH in der Aufrechterhaltung der Schwangerschaft und in der Geburt des Kindes im allgemeinen keine Körperverletzung im Sinne von § 823 I BGB sieht³. Da jedoch nach der hier vertretenen Ansicht eine Körperverletzung zu bejahen ist

¹ Adomeit Jura 1981, 199; Lankers FamRZ 1969, 388

² BGHZ 86, 240 (249); generell ablehnend auch Stürner FamRZ 19

³ BGHZ 86, 240 (248)

(siehe oben 3.1.1.), ist ein Schmerzensgeldanspruch der Mutter aus § 847 BGB gegeben.

Auch der BGH gesteht in den Fällen einer fehlgeschlagenen Sterilisation¹ und in den Fällen eines mißlungenen Schwangerschaftsabbruchs², in denen er Schwangerschaft und Geburt als Körperverletzung anerkennt, einen Schmerzensgeldanspruch zu.

Bei der Höhe des Anspruchs ist zu berücksichtigen, daß der Mutter der für einen Schwangerschaftsabbruch notwendige Eingriff und die damit verbundenen Schmerzen und psychischen Belastungen erspart geblieben sind.

Sollte das Haben eines behinderten Kindes eine medizinisch faßbare Gesundheitsverletzung eines oder beider Elternteile zur Folge haben (siehe oben 3.1.3. und 3.2.1.), so ist auch aus diesem Gesichtspunkt ein Schmerzensgeld zuzusprechen.

Der BGH lehnt einen derartigen Anspruch ab, da er eine Gesundheitsverletzung nur dann annimmt, wenn die Belastung ausnahmsweise Krankheitswert erreicht³. Dem kann aber aus den oben (3.1.3.) dargelegten Gründen nicht zugestimmt werden.

Durch die Zuerkennung eines Schmerzensgeldanspruchs wegen der Belastung der Mutter durch Schwangerschaft und Geburt einerseits und wegen der möglicherweise entstehenden psychischen Belastungen der Mutter durch das Haben eines behinderten Kindes andererseits, wird nicht zweimal für den gleichen Umstand ein Schmerzensgeld gewährt.

Das Schmerzensgeld für die Belastungen während der

¹ BGH NJW 1980, 1453 (insoweit in BGHZ 76, 259 nicht abgedruckt)

² BGH NJW 1985, 671 ff

³ BGHZ 86, 240 (249)

Schwangerschaft und durch die Geburt stellt eine billige Entschädigung allein für diese Körperverletzung dar. Das Schmerzensgeld für das Haben eines behinderten Kindes ist ein Ausgleich für eine nicht in jedem Fall entstehende, weitere Belastung der Mutter, die lediglich eine Folge der ersten Belastung ist.

Problematisch ist hingegen die Frage, ob auch wegen der Verletzung des Rechts auf Familienplanung ein Schmerzensgeldanspruch der Eltern gegeben ist.

Der BGH gewährt in Analogie zu § 847 BGB und entgegen § 253 BGB bei Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts einen Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens in Geld, wenn es sich um eine schwere Verletzung des Persönlichkeitsrechts handelt und Genugtuung auf andere Weise nicht zu erreichen ist¹.

Diese Rechtsprechung wurde durch das BVerfG² für mit dem Grundgesetz vereinbar erklärt.

Nach den im sogenannten Ginsengwurzelfall³ vom BGH entwickelten Grundsätzen kommt dem Schmerzensgeldanspruch analog § 847 BGB eine Genugtuungs- und Ausgleichsfunktion zu, bei der die Genugtuungsfunktion in den Vordergrund tritt.

Darauf, ob diese Genugtuungsfunktion anzuerkennen ist, kann im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen werden⁴.

Im Rötelnfall hatte der BGH einen Schmerzensgeldanspruch analog § 847 BGB abgelehnt, da er schon

¹ BGH NJW 1971, 698

² BVerfGE 34, 269

³ BGHZ 35, 363 ff

⁴ ablehnend z.B.: Schwerdter in Münch Komm § 12 Rn 254 ff

das Recht auf Familienplanung nicht als verletzt ansah¹. Wenn man aber - nach der hier vertretenen Ansicht (siehe oben 3.1.4.) - dieses aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht abgeleitete Recht auf Familienplanung als verletzt ansieht, liegt es nahe, auch einen Schmerzensgeldanspruch der Eltern analog § 847 BGB zu befürworten.

Zu den nachteiligen Folgen einer Rechtsgutverletzung, die einen Nichtvermögensschaden gemäß § 847 BGB darstellen, gehören nicht nur körperliche Schmerzen im engeren Sinne, sondern alle nachteiligen Folgen für die körperliche und seelische Verfassung des Verletzten, also auch Kummer und Sorgen².

Kummer und große Sorgen dürfte den Eltern in fast allen Fällen entstehen, in denen ihnen infolge eines unterbliebenen Schwangerschaftsabbruchs ein schwerbehindertes Kind geboren wird. Auch der BGH führt aus, daß den Eltern genug zu tragen bliebe, was sie ohnehin nicht auf den Schädiger abwälzen könnten³.

Das Haben eines schwerbehinderten Kindes dürfte fast immer gravierende Auswirkungen auf die Psyche der Eltern haben. Die intensive Pflege und Betreuung, die ein behindertes Kind benötigt, führt zu erheblichen Einschränkungen im alltäglichen Leben der Eltern.

Unter Berücksichtigung der Bedeutung der verletzten Intimsphäre der Eltern ist damit eine besonders schwerwiegende Verletzung des allgemeinen Persön-

¹ BGHZ 86, 240 (249)

² Palandt/Thomas § 847 3 a

³ BGHZ 89, 95 (105)

lichkeitsrechts zu bejahen. Insoweit wären die vom BGH postulierten Voraussetzungen für einen Schmerzensgeldanspruch analog § 847 BGB gegeben.

Der Kern des Problems liegt darin, ob die Zuerkennung eines Anspruchs auf Erstattung des immateriellen Schadens das einzig wirksame Mittel zum Persönlichkeitsschutz ist¹.

Schiemann lehnt in den Fällen einer fehlgeschlagenen Sterilisation einen Schmerzensgeldanspruch ab, da, falls eine Schwangerschaft zu einem unerwünschten Kind führt, sich der Ausgleich auf vermögensrechtlicher Seite durch den Unterhaltersatzanspruch ziemlich genau erfassen ließe. Der in der Tatsache der Elternschaft verbleibende immaterielle Rest entziehe sich schlechthin der rechtlichen Saldierung von Freuden und Leiden².

Diese Ansicht kann nicht auf die fehlerhafte genetische Beratung übertragen werden. Immaterielle Einbußen der Eltern an Lebensfreude und Glück durch ein schwerbehindertes Kind werden mit dem Ersatz des erhöhten Unterhalts nicht ausgeglichen³. Gerade der Ausgleich solcher, rein wirtschaftlich nicht faßbarer Schäden soll durch die Zuerkennung von Schmerzensgeld erfolgen.

Weiter führt Schiemann aus, daß sich auch aus der Genugtuungsfunktion, oder wie er formuliert, der Privatstrafenfunktion, kein Anspruch herleiten ließe, da finanzielle Leistungen des Arztes durch die Berufshaftpflichtversicherung erstattet würden und schon der Behandlungsfehler als solcher für das berufliche und persönliche Ansehen des

¹ ebenso Schünemann JZ 1981, 577

² JuS 1980, 712

³ Schünemann JZ 1981, 577

Arztes eine Sanktion darstelle¹. Auch das vermag nicht zu überzeugen.

Aus der Sicht der Eltern ist es keine ausreichende Genugtuung, daß durch das Bekanntwerden des Behandlungsfehlers dem Arzt Nachteile entstehen können. Zum einen ist es eher unwahrscheinlich, daß sich ein einzelner Behandlungsfehler in einem so großen Personenkreis herumspricht, daß für den Arzt eine fühlbare materielle oder ideelle Einbuße entsteht. Zum anderen ist eine Sanktion, die den Schädiger trifft ohne dem Geschädigten zugute zu kommen, für den Geschädigten nur von geringerem Wert als eine Sanktion, die ihm unmittelbar zugute kommt. Die Folgen für den Ruf des Arztes können allenfalls bei der Berechnung der Höhe des Schmerzensgeldanspruchs Berücksichtigung finden, sie können aber einen Anspruch nicht gänzlich ausschließen.

Auch das von Schiemann angeführte Argument, das Schmerzensgeld würde sowieso von der Berufshaftpflichtversicherung des Arztes getragen, vermag Ansprüche der Eltern nicht auszuschließen.

Heute besitzen die meisten Personen eine Privathaftpflichtversicherung oder eine Haftpflichtversicherung gegen berufliche Risiken.

Würde der Umstand, daß ein Schmerzensgeld letztendlich von einer Versicherungsgesellschaft erstattet wird, einen solchen Anspruch ausschließen, gäbe es bald kein Schmerzensgeld wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts mehr.

Auch aus der Äußerung des BGH, daß ein Schmerzensgeldanspruch analog § 847 BGB wegen der - nicht

¹ JuS 1980, 712

ausnahmsweise Krankheitswert erreichenden - seelischen Belastung durch das Haben eines schwergeschädigten Kindes der deutschen Rechtsordnung fremd wäre¹, läßt sich keine generelle Ablehnung eines Schmerzensgeldanspruchs wegen fehlgeschlagener Familienplanung durch den BGH ableiten².

Der BGH setzt bei seiner Ablehnung voraus, daß die seelische Belastung der Eltern nicht ausnahmsweise Krankheitswert erreicht. Daraus läßt sich schließen, daß der BGH die Dinge wohl anders sähe, wenn diese Voraussetzung erfüllt wäre.

Die Auffassung des BGH beruht darauf, daß der BGH das Haben eines behinderten Kindes mit der Folge "nur" medizinisch erfaßbarer Gesundheitsbeeinträchtigungen nicht als Körperverletzung im Sinne von § 823 I BGB betrachtet. Insofern folgt der BGH seiner Rechtsprechung zu den sogenannten "Schockschäden"³. Diese Ansicht kann aber für die vorliegenden Fälle nicht gebilligt werden (siehe dazu oben 3.1.3.). Auch sah der BGH im Rötelnfall das Recht auf Familienplanung nicht als verletzt an (siehe dazu oben 3.1.4.).

Die Ablehnung eines Schmerzensgeldanspruchs analog § 847 I BGB kann auch nicht mit dem naheliegenden Argument begründet werden, daß damit eine rechtliche Mißbilligung des Lebenswertes des geborenen Kindes ausgesprochen würde.

Der Schmerzensgeldanspruch knüpft nicht an die Existenz des Kindes an, sondern an die Verletzung des Rechts der Eltern auf Familienplanung. Insofern gleicht die rechtliche Lage der Abgrenzung

¹ BGHZ 86, 240 (249)

² so aber wohl Giesen JR 1984, 226

³ z.B.: BGHZ 56, 163

zwischen Unterhaltsschaden und dem "Kind als Schaden" (siehe dazu oben 2.2.4.).

Mißbilligt wird nicht das Lebensrecht eines behinderten Kindes, das trotz der Möglichkeit eines Schwangerschaftsabbruchs geboren wurde, sondern mißbilligt werden die Leiden der Eltern, die ein solches Kind nicht wollten.

Zwar darf die Rechtsordnung kein objektives Urteil, sofern das überhaupt möglich ist, über den Wert oder Unwert eines Menschen aussprechen (siehe dazu oben 2.4.3.2.), aber man kann den Eltern nicht vorschreiben, ein schwerbehindertes Kind genau so zu akzeptieren wie ein gesundes.

Folglich können die Eltern ein Schmerzensgeld für die Verletzung ihres Rechts auf Familienplanung verlangen. Sollte einem Elternteil oder beiden Eltern gleichzeitig ein Schmerzensgeldanspruch wegen einer durch das Haben eines behinderten Kindes hervorgerufenen psychischen Gesundheitsverletzung zustehen, ist dies bei der Festsetzung der Höhe des Schmerzensgeldes wegen durchkreuzter Familienplanung zu berücksichtigen.

3.4.2. Schmerzensgeldansprüche des Kindes

Rein gefühlsmäßig mag man geneigt sein, dem Kind einen Schmerzensgeldanspruch zuzusprechen, wenn es durch das Verschulden des Arztes gezwungen ist, im Zustand schwerer oder schwerster Schädigung zu leben. Gerade ein Schmerzensgeld, das einen Ersatz auch für wirtschaftlich nicht faß-

bare, immaterielle Schäden darstellt, erscheint auf den ersten Blick besonders geeignet, um dem behinderten Kind einen finanziellen "Ausgleich" für seine Situation zukommen zu lassen.

In diese Richtung gehen auch die Ausführungen von Deutsch, wenn er schreibt, daß das Kind als eigentlich Verletzter und Geschädigter stets anspruchsberechtigt sei¹. Daß dies nicht zutrifft, wurde bereits oben (2.4.3.3.) dargelegt.

Die Zuerkennung eines Schmerzensgeldanspruchs setzt nach § 847 I BGB eine Verletzung des Körpers, der Gesundheit oder, in entsprechender Anwendung des § 847 I BGB, einen Verstoß gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Kindes voraus. Eine derartige Verletzung ist aber, wie oben (2.4.3.1. bis 2.4.3.3.) ausgeführt wurde, nicht eingetreten. Es findet sich kein Integritätsinteresse des Kindes, das verletzt wurde.

Folglich bestehen keinerlei Ansprüche des behinderten Kindes gegen den behandelnden Arzt.

¹ JZ 1983, 452

4. Ansprüche des Kindes gegen seine Eltern

Bisher wurden nur Ansprüche gegen einen behandelnden Arzt, also gegen einen nicht zum familiären Bereich gehörenden Dritten, behandelt.

Es drängt sich aber auch die Frage auf, ob ein behindertes Kind Ansprüche gegen seine Eltern wegen eines "wrongful life" geltend machen kann, wenn diese entweder in Kenntnis der Gefahr einer genetischen Schädigung das Kind gezeugt haben, oder einen Schwangerschaftsabbruch nicht vorgenommen haben, nachdem sie erfahren hatten, daß eine Schädigung des Kindes zu erwarten sei.

Dieser Komplex ist besonders problematisch, da hier Fragen angesprochen werden, die den Intimbereich zwischenmenschlicher Beziehungen betreffen.

4.1. Ansprüche wegen einer Zeugung in Kenntnis eines genetischen Risikos oder anderer Gefahren

Leidet jemand an einer übertragbaren Geschlechtskrankheit, wie zum Beispiel Syphilis, dann ergibt sich für ihn aus § 6 Geschlechtskrankheitengesetz vom 23. Juli 1953¹ die Pflicht, keinen Geschlechtsverkehr auszuüben und somit auf eine Zeugung beziehungsweise Empfängnis zu verzichten.

§ 6 Geschlechtskrankheitengesetz betrifft auch den Schutz des Ungeborenen, so daß sich daraus Schadensersatzansprüche des Kindes ergeben können², da

¹ BGBI I S 700

² Münch Komm/Mertens § 823 Rn 61;
ebenso RGRK/Steffen § 823 Rn 13

§ 6 Geschlechtskrankheitengesetz Schutzgesetz
im Sinne von § 823 II BGB ist¹.

Damit bleibt aber die Frage offen, ob ein behindertes Kind dann Schadensersatzansprüche gegen seine Eltern geltend machen kann, wenn diese das Kind gezeugt haben, obwohl sie von einem genetischen Risiko oder anderen Gefahren wußten, bei denen § 6 Geschlechtskrankheitengesetz nicht anwendbar ist, wie zum Beispiel Blutgruppenverschiedenheit der Eltern oder dem Auftreten von Erbkrankheiten in der Familie eines Elternteils.

Auch hier können ein "unwertes Leben" oder ein "Recht auf Nichtexistenz" als Integritätsinteressen nicht anerkannt werden (siehe dazu oben 2.4.3.2. und 2.4.3.3.).

Problematisch ist hingegen, ob eine Körperverletzung im Sinne von § 823 I BGB vorliegt.

Eine Körperverletzung setzt voraus, daß entweder vor der schädigenden Handlung ein unverletzter Zustand des Körpers vorhanden war, oder daß die Entstehung eines solchen Zustands vereitelt wurde (siehe dazu oben 2.4.3. und 2.4.3.1.).

Bei einer genetischen Schädigung beziehungsweise Erbkrankheit kann das Kind von vornherein nur als kranker Mensch leben, ohne daß jemals eine Möglichkeit bestand, diesen Zustand anders als durch einen Schwangerschaftsabbruch zu verhindern. Die Krankheit ist eine unabänderliche "Eigenschaft" des Kindes, die allenfalls später durch medizinische Maßnahmen gelindert werden kann.

Der erbkrankte Erzeuger verwirklicht - wie es Selbst formuliert hat² - nur den schlechten Bauplan,

¹ Laufs NJW 1965, 1065 mit weiteren Nachweisen
² AcP 166, 111

setzt eine vorgesehene Entwicklung in Gang, die er selbst nicht beeinträchtigt hat. Mit dem Entstehen des Embryos ist der genetische Mangel bereits konstitutiv geworden¹. Eine Körperverletzung liegt daher nicht vor.

Dieses Ergebnis widerspricht nicht der Entscheidung des BGH im sogenannten "Luesfall"².

Dort hat der BGH die Argumentation der Revision abgelehnt, daß § 823 I BGB mit Denknötwendigkeit voraussetze, daß nur derjenige Schadensersatz verlangen könne, der einmal unverletzt gewesen sei. Es sei nicht zutreffend, daß, da ein solcher Zustand niemals bestanden habe, weil infolge der Krankheit der Mutter das Ei oder die Leibesfrucht schon vom Augenblick der Empfängnis an krank gewesen sei, eine Verletzung der Gesundheit des später geborenen Kindes überhaupt nicht erfolgt sei³.

Jedoch ist der "Luesfall" mit den Fällen einer Zeugung im Bewußtsein eines genetischen Risikos nicht zu vergleichen.

Im "Luesfall" war die Mutter als Patientin in einem Krankenhaus vor der Zeugung des Kindes durch eine fehlerhafte Bluttransfusion mit Lues infiziert worden, die sie auf das Kind übertrug. Es lag also, wie der BGH selber ausführt, eine Entziehung oder Störung vor, die von einem Menschen herrührt und das natürliche Wachstum und die natürliche Entfaltung gehindert oder beeinträchtigt hat⁴. In den hier zu erörternden Fällen fehlt es jedoch an einer von einem Menschen herrührenden Störung oder Unterlassung.

¹ Laufs NJW 1965, 1057

² BGHZ 8, 243 ff

³ BGHZ 8, 243 (246)

⁴ BGHZ 8, 243 (247 f)

Aber auch wenn man wie Fuchs¹ oder Heldrich² - entgegen der hier vertretenen Ansicht - in der Vererbung ungünstiger Genanlagen mit der Folge von Mißbildungen des Kindes eine Körperverletzung beziehungsweise Gesundheitsverletzung im Sinne von § 823 I BGB sieht, sind dennoch keine Schadensersatzansprüche des Kindes gegeben. Der Schaden des Kindes liegt außerhalb des Schutzbereichs von § 823 I BGB. Dieser soll die Eltern nicht davon abhalten, ein Kind zu zeugen, sondern lediglich davon, es zu verletzen.

Selb³ ist der Ansicht, die Beziehungen zwischen Eltern und Kindern, die sich allein aus Zeugung und Empfängnis ergeben, seien im Familienrecht umfassend und erschöpfend geregelt. Über dem zu schützenden Kind dürften die persönlichen Beziehungen der Ehegatten nicht vergessen werden. Eine Eugenik mit zivilrechtlichen Sanktionen sei abzulehnen. Schließlich sei die Zeugung eine sozialadäquate, rechtmäßige Handlung und schon deswegen keine rechtswidrige Deliktshandlung.

Diese Argumentation trifft nicht zu, wenn sie auch zu dem richtigen Ergebnis führt.

Die Zeugung eines Kindes im Bewußtsein des Risikos einer genetischen Schädigung als sozialadäquat zu bezeichnen, erscheint mehr als zweifelhaft⁴. Auch der BGH führt aus, daß, falls ein schwerer genetischer Mangel einigermaßen sicher zu prognostizieren sei, nach vielleicht überwiegender Meinung und wohl auch rechtstatsächlicher Praxis die Geburt jeden-

¹ NJW 1981, 612

² JZ 1965, 599

³ AcP 166, 114 f

⁴ ablehnend auch Münch Komm/Gitter § 1 Rn 40

falls solcher Kinder verhindert werden sollte¹.

Auch das Argument, die Beziehungen zwischen Eltern und Kindern, die sich aus Zeugung und Empfängnis ergeben, seien im Familienrecht umfassend geregelt, vermag nicht zu überzeugen. Es ist nicht ersichtlich, daß der Gesetzgeber die hier zu erörternde Problematik überhaupt bedacht hat.

An den Kern des Problems führt aber Selbs Ansicht, daß die persönlichen Beziehungen der Ehegatten nicht vergessen werden dürfen².

Das Gesetz legt die Entscheidung über die Geburt geschädigter Kinder vor der Zeugung allein in die Hand der Eltern, nach der Zeugung allein in die der Mutter³.

Die Entscheidung, ein Kind zu zeugen, fällt in die von Art. 1 I GG geschützte Intimsphäre und unter die durch Art. 2 I GG geschützte Handlungsfreiheit der Eltern. Eingriffe in diese grundgesetzlich geschützten Bereiche bedürfen einer gesetzlichen Grundlage, wie sie § 6 Geschlechtskrankheitengesetz darstellt. Das Gesetz kennt aber keine Vorschrift zur Verhütung erbkranken Nachwuchses⁴.

Ein Kind kann keine Ansprüche gegen seine Eltern geltend machen, wenn diese das Risiko, ein erbkrankes Kind zu bekommen, eingegangen sind.

Weiter sind Fälle denkbar, in denen Eltern sich gegen einen rechtlich zulässigen Schwangerschaftsabbruch entscheiden, obwohl feststeht, daß ihr Kind behindert zur Welt kommen wird.

¹ BGHZ 86, 240 (252)

² AcP 166, 114

³ Fischer NJW 1981, 1992

⁴ Staudinger/Schäfer § 823 Rn 30

4.2. Ansprüche wegen eines unterbliebenen Schwangerschaftsabbruchs

Ansprüche der Kindes gegen seine Eltern wegen eines unterbliebenen Schwangerschaftsabbruchs bestehen nicht¹.

Voraussetzung dafür wäre, daß das Kind in einem Integritätsinteresse verletzt wäre. Ein solches Integritätsinteresse des Kindes, nicht geboren zu werden, existiert aber, wie bereits oben dargelegt (2.4.3.2. bis 2.4.3.4.), nicht.

Ansprüche des Kindes gegen seinen Vater scheitern darüber hinaus daran, daß § 218 a StGB die Entscheidung über die Vornahme eines Schwangerschaftsabbruchs allein der Mutter vorbehält. Der Vater ist nicht in der Lage, von sich aus die Durchführung eines Schwangerschaftsabbruchs zu gewährleisten.

Auch ist ein Schwangerschaftsabbruch grundsätzlich eine Tötungshandlung². Er ist nur dann durch § 218 a StGB gerechtfertigt, wenn die Fortsetzung der Schwangerschaft für die Mutter unzumutbar ist. Nicht die Schädigung des Kindes als solche, sondern erst die daraus erwachsende Belastung der Schwangeren bildet den eigentlichen Eingriffsgrund³.

Erachtet die Mutter die Schwangerschaft trotz einer drohenden Behinderung des Kindes als zumutbar, wäre ein dennoch vorgenommener Schwangerschaftsabbruch eine Tötungshandlung, und niemand hat einen Rechtsanspruch auf seine eigene Tötung. Einen Schwangerschaftsabbruch im Interesse des Kindes kennt unsere Rechtsordnung nicht.

¹ ebenso RGRK/Steffen § 823 Rn 13

² BVerfGE 39, 1 (46)

³ Schönke/Schröder § 218 a Rn 25

Damit entfällt auch der Vorwurf der Pflichtwidrigkeit gegenüber Eltern, die, nachdem sie erfahren haben, daß sie vermutlich ein behindertes Kind bekommen werden, keinen Schwangerschaftsabbruch vorgenommen haben. Ein Kind kann wegen eines "wrongful life" keine Schadensersatzansprüche gegen seine Eltern geltend machen.

Bedenklich wären solche Ansprüche - wie Medicus¹ zu Recht ausführt - auch deshalb, weil es nicht unwahrscheinlich ist, daß sie durch Legalzession auf einen Fürsorgeträger übergehen könnten, der bei mangelnder Leistungsfähigkeit der Eltern für das Kind gesorgt hat.

Etwaige Ansprüche aus dem Gesichtspunkt "wrongful life" sollten aber allenfalls dem Betroffenen zugute kommen, nicht aber staatlichen oder privaten Institutionen.

Für den Fall einer Legalzession ist auch zu beachten, daß Schadensersatzansprüche einen größeren Umfang annehmen können als die ohnehin bestehenden Unterhaltsverpflichtungen der Eltern², und damit die Eltern über Gebühr belastet werden könnten.

¹ aaO S. 7

² Medicus aaO S. 7

5. Beweislastfragen

Mit der Einräumung von Schadensersatzansprüchen allein ist den Eltern noch nicht geholfen. Wesentlich ist, ob diese Ansprüche vor Gericht im Hinblick auf die Beweislage auch durchgesetzt werden können.

Schwierigkeiten bei der Beweislastverteilung in den Fällen des unterbliebenen Schwangerschaftsabbruchs bereitet die Beweispflicht in Bezug auf die Kausalität der unterlassenen Aufklärung für den eingetretenen Schaden. Konkret heißt das, ob die Mutter (beziehungsweise der klagende Vater) den Beweis dafür erbringen muß, daß bei ordnungsgemäßer Aufklärung ein Schwangerschaftsabbruch tatsächlich durchgeführt worden wäre.

5.1. Statthaftigkeit eines prima facie Beweises

In den hier zu erörternden Fällen liegt eine positive Vertragsverletzung durch den behandelnden Arzt vor (siehe oben 2.2.1. bis 2.2.3.).

Für den Kausalzusammenhang zwischen positiver Vertragsverletzung und Schaden trägt grundsätzlich der Gläubiger die Beweislast¹. Demzufolge hatte auch der BGH im Rötelnfall² auf Grund eines prima facie Beweises geurteilt und unterstellt, daß es der medizinisch nicht uninformierten Mutter gerade darum gegangen sei, gegebenenfalls der Gefahr einer irreversiblen Schädigung des soeben emfan-

¹ Palandt/Heinrichs § 282 2 c

² BGHZ 86, 240

genen Kindes durch einen Abbruch der Schwangerschaft vorzubeugen¹.

In der Tat spricht viel dafür, daß eine Schwangere, die einen Arzt konsultiert, um eine Fruchtwasseruntersuchung oder einen Rötelnstest durchführen zu lassen, bei entsprechendem Testergebnis auch zu einem Schwangerschaftsabbruch bereit ist².

Anderer Ansicht ist Larenz. Er hält es nicht unbedingt für zulässig, ohne weiteres zu unterstellen, daß eine Frau sich zur Abtreibung entschlossen hätte³.

Dagegen spricht allerdings die Statistik. Das Risiko einer Schädigung des Embryos in den Situationen, die den Entscheidungen des BGH zugrunde liegen, ist sehr hoch.

Das Infektionsrisiko des Fetus beträgt bei einer Rötelnkrankung der Mutter in den ersten acht Schwangerschaftswochen bis zu 50 %. Von den ausgetragenen Kindern zeigen bei hoher Fehlgeburtenrate 85 % pathologische Befunde, sofern die Infektion in den ersten acht Schwangerschaftswochen erfolgte. Bei späterer Infektion zeigen 52 % der Kinder pathologische Befunde⁴.

Auch bei erhöhtem Alter der Mutter ist das Risiko, ein behindertes Kind zur Welt zu bringen, nicht unbeträchtlich.

Das Risiko einer Schädigung des Embryos steigt von 2,7 % bei 38- bis 39-jährigen Frauen auf bis zu 11 % bei über 44-jährigen Frauen. Insgesamt liegt

¹ BGHZ 86, 240 (244)

² ebenso Fischer JuS 1984, 435

³ Larenz SchuR I AT S. 475 Fußnote 129

⁴ Angaben entnommen aus:

Martius: Lehrbuch der Geburtshilfe S. 421

das Risiko bei über 35-Jährigen bei 2,8 %¹.

Aus den eben genannten hohen Risikozahlen folgt jedoch noch nicht zwingend, daß sich die Mütter auch tatsächlich zu einem Schwangerschaftsabbruch bereit gefunden hätten. Aber auch dafür finden sich statistische Belege.

Plum² zitiert Murken/Stengel-Rutkowski³ mit der Angabe, wonach von 108 pränatal diagnostizierten schweren Defekten nur in zwei Fällen eine Interruption abgelehnt wurde, was eine Abbruchsquote von ungefähr 98 % bedeuten würde, was sehr hoch erscheint.

Dieses Zitat stimmt aber mit der angegebenen Literaturstelle nicht überein. Es sind dort keine 108 pränatal diagnostizierte schwere Defekte aufgeführt, sondern 138 bei 3583 untersuchten Schwangeren⁴. Die von Plum zitierte Zahl 108 ist die Anzahl der tatsächlich in diesen Fällen durchgeführten Schwangerschaftsabbrüche.

Damit ergibt sich, daß sich über 78 % der Frauen, bei denen die Gefahr einer Schädigung des erwarteten Kindes prognostiziert wurde, zu einem Schwangerschaftsabbruch bereit fanden. Dieser immer noch sehr hohe Prozentsatz läßt, entgegen der Ansicht von Larenz, einen prima facie Beweis zu.

Dabei ist auch zu berücksichtigen, daß der weitaus überwiegende Teil der restlichen Eltern, rund 22 %, die einen Schwangerschaftsabbruch aus ethischen Gründen abgelehnt haben, kaum einen Prozeß gegen den behandelnden Arzt anstrengen dürften. Ein sol-

¹ Angaben entnommen aus: Murken/Stengel-Rutkowski: Pränatale Diagnostik S 181 (Stand von 1977)

² VersR 1982, 722 Fußnote 3

³ Pränatale Diagnostik S. 181

⁴ aaO S. 181

cher Prozeß, in dem die Eltern dem Gynäkologen den Vorwurf machen müßten, er habe einen Schwangerschaftsabbruch verhindert, würde im schroffen Gegensatz zu der Überzeugung der Eltern stehen.

Somit ist, da ein Sachverhalt feststeht, der nach der Lebenserfahrung auf einen bestimmten Geschehensablauf hinweist, dieser regelmäßige Verlauf, der das Gepräge des Üblichen und Typischen trägt, im Wege des Anscheinsbeweises als bewiesen anzusehen¹.

Im zweiten vom BGH entschiedenen Fall² ist die Wahrscheinlichkeit, daß sich die Patientin für einen Schwangerschaftsabbruch entschieden hätte, schon deswegen sehr hoch, da sie von sich aus den Arzt befragt hatte, ob in ihrem Fall ein Risiko einer Schädigung des erwarteten Kindes bestünde. Daraus läßt sich schließen, daß diese Frau mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht gewillt war, "den Dingen ihren Lauf zu lassen".

Diese Auffassung vertritt auch der BGH: "Daß die Klägerin (die Mutter; Anmerkung des Verfassers) ... die Schwangerschaft hätte abbrechen lassen ..., ergibt sich ohnehin schon aus ihrer geäußerten Sorge vor der Geburt eines so geschädigten Kindes und ihrer Bitte um Beratung, die offensichtlich darauf abzielte, ein solches Ergebnis zu verhindern"³.

Mit der Anerkennung eines prima facie Beweises sind die Beweislastprobleme jedoch nicht in allen Fällen zufriedenstellend zu lösen.

Für einen prima facie Beweis ist zum Beispiel dann kein Platz, wenn Eltern sich schon einmal im Be-

¹ Formulierung nach Palandt/Heinrichs Vorb. vor § 249 8 a aa

² BGHZ 89, 95

³ BGHZ 89, 95 (103 f)

wußtsein der Gefahr einer Schädigung ihres Kindes gegen einen Schwangerschaftsabbruch entschieden haben und bei einem zweiten Kind der Arzt den Hinweis auf ein neuerlich entstandenes Risiko schuldhaft unterlassen hatte.

Bei Murken/Stengel-Rutkowski¹ findet sich die Angabe von sieben Fällen, bei denen die Eltern bereits ein Kind mit Downsyndrom (Mongolismus) oder chromosomal bedingten Mißbildungen hatten und neuerlich ein pathologischer Befund vorlag. In allen sieben Fällen wurde ein Schwangerschaftsabbruch durchgeführt. Die geringe Zahl von erfaßten Fällen erlaubt jedoch keine Verallgemeinerungen.

Schwierigkeiten bereitet auch der von Fischer² angeführte Fall, daß, im Gegensatz zu den vom BGH entschiedenen Fällen, die Mutter nicht von sich aus nach der Möglichkeit von Untersuchungen fragt, sondern der Gynäkologe den nach der Sachlage gebotenen Hinweis auf die Möglichkeit solcher Untersuchungen unterläßt.

Das oben angeführte statistische Material erfaßt nur Fälle, in denen eine medizinische Untersuchung tatsächlich durchgeführt wurde.

Aus diesen Zahlen läßt sich zwar auf das Verhalten von Schwangeren schließen, die zu solchen Untersuchungsmaßnahmen bereit gewesen wären und deshalb den Arzt aufgesucht haben. Keinesfalls läßt sich aber aus diesen Zahlen ableiten, wie sich Schwangere verhalten, die die Möglichkeit solcher Untersuchungen nicht kennen.

1 Pränatale Diagnostik S. 181

2 Fischer JuS 1984, 435

Angesichts der unterschiedlichen ethischen Auffassungen zum gesamten Fragenkreis des Schwangerschaftsabbruchs läßt sich nicht sagen, ob diese Möglichkeit in der Regel auch wahrgenommen werden würde¹.

Daher ist in diesem Fall ein Anscheinsbeweis nicht möglich. Es stellt sich damit die Frage nach der Statthaftigkeit einer Beweislastumkehr zugunsten der Eltern.

5.2. Zulässigkeit einer Beweislastumkehr

In seinem zweiten Urteil zur wrong life Problematik² führt der erkennende VI. Zivilsenat des BGH aus, daß den Schädiger, also den Arzt, die Beweislast dafür träfe, daß die klagende Mutter als Geschädigte sich nach ordnungsgemäßer Aufklärung nicht "aufklärungsrichtig" verhalten hätte und dem drohenden Schaden entgegengetreten wäre³.

Mit dieser Beweislastverteilung bestätigt der BGH seine frühere Rechtsprechung zur Verletzung einer vertraglichen Aufklärungspflicht⁴.

Für die Beweisspflichtigkeit der Geschädigten treten hingegen Stoll⁵ und ihm folgend Baumgärtel⁶ ein. Nach Stoll soll es dann, wenn die Aufklärung, wie hier, nur der Information zur freien Entscheidung dient, bei der grundsätzlichen Beweislastverteilung bleiben, wonach der Anspruchsteller die Kausalität zu beweisen habe⁷.

¹ Fischer JuS 1984, 435

² BGHZ 89, 95

³ BGHZ 89, 95 (103)

⁴ z.B.: BGHZ 61, 118; Münch Komm/Hanau § 276 Rn 140 mit weiteren Nachweisen

⁵ AcP 176, 159 ff

⁶ Handbuch der Beweislast im Privatrecht Band I Anh. § 282 Rn 82

⁷ AcP 176, 160 f

Auch Fischer spricht sich gegen eine Beweislastumkehr aus.

Die zur sogenannten Selbstbestimmungsaufklärung bei ärztlichen Eingriffen entwickelte Beweislastumkehr gelte nicht, wenn die Aufklärung den Patienten vor anderweitigen Schäden gesundheitlicher (sogenannte therapeutische Aufklärung) oder sonstiger Art bewahren soll¹.

Dabei beruft sich Fischer auf zwei Urteile des BGH, in denen es darum ging, daß Ärzte, nach Aussagen ihrer klagenden Patientinnen, vor einem Sterilisationseingriff nicht auf das bestehende Restrisiko einer Schwangerschaft hingewiesen hatten².

Aus diesen beiden Urteilen lassen sich jedoch keine Folgerungen für die unterlassene Aufklärung über die Gefahr einer Mißbildung von Kindern treffen.

Der BGH führt in den zitierten Urteilen selber aus, daß der Hinweis auf die der Sterilisationsmethode zwangsläufig innewohnende Unvollkommenheit nur eine vertragliche Nebenpflicht bilde, wie sie auch sonst eine vertragliche Leistung oder Lieferung begleiten könne. Der Beweis dafür, daß er eine von möglicherweise zahlreichen Nebenpflichten nicht versäumt habe, könne aber nicht allgemein dem Schuldner eines Dienstvertrages auferlegt werden, da er sonst in eine kaum zu beherrschende Beweislage geriete³.

In den Fällen des durch ärztliches Verschulden unterbliebenen Schwangerschaftsabbruchs hingegen,

1 JuS 1984, 436

2 BGH NJW 1981, 630 ff; BGH NJW 1981, 2002 ff

3 BGH NJW 1981, 2003

war die ordnungsgemäße Aufklärung eine von mehreren vertraglich geschuldeten Hauptleistungspflichten (siehe oben 2.2.2.).

Auch ging es in den von Fischer zitierten Fällen nicht darum, daß der dort zu beweisende Kausalzusammenhang zwischen unzureichender Aufklärung und dem Unterlassen zusätzlicher Verhütungsmaßnahmen die Entscheidungsfreiheit der jeweiligen Patientin überspielt hätte. Die Ärzte hatten, zumindest soweit es den Urteilen zu entnehmen ist, ausreichend über die Risiken des Sterilisationseingriffs als solchem aufgeklärt. Sie hatten es, nach Aussagen der Patientinnen, lediglich unterlassen, über das Restrisiko einer Schwangerschaft aufzuklären.

In den hier zu erörternden Fällen des unterbliebenen Schwangerschaftsabbruchs hingegen unterließen die Ärzte die Aufklärung, die es den Patientinnen erst ermöglicht hätte, von ihrer Entscheidungsfreiheit in Bezug auf einen indizierten Schwangerschaftsabbruch Gebrauch zu machen.

In der schwierigen Situation der Schwangeren, in der sie sich für das Kind oder für einen Schwangerschaftsabbruch hätte entscheiden müssen, kann es nicht Sache der Geschädigten sein, ihren auf individuellen, letztlich nicht nachprüfbaren Wertungen beruhenden hypothetischen Entschluß zur Ausschaltung des befürchteten Risikos unter Inkaufnahme anderer Risiken nachzuweisen¹.

Daher ist das Beweislastrisiko dem Arzt aufzubürden, der durch eine Verletzung seiner Sorgfaltspflichten der betroffenen Mutter die Möglichkeit einer Entscheidung genommen hat.

¹ BGHZ 89, 95 (103)

Der Schutzzweck der Aufklärung wird erst dann erreicht, wenn derjenige, der die von ihm geschuldete Aufklärungspflicht verletzt, entgegen einer Kausalitätsvermutung zugunsten des Geschädigten den Beweis für die Nichtursächlichkeit seiner Pflichtverletzung zu erbringen hat¹. Der Aufklärungspflichtige dagegen hätte nicht viel zu befürchten, wenn er bei der Verletzung seiner Hinweispflicht sich darauf zurückziehen dürfte, daß kaum zu beweisen sei, was der andere Teil auf den Hinweis hin getan hätte².

In Fortsetzung dieser Rechtsprechung zur Beweislast hat der BGH auch für das Merkmal der "Unerwünschtheit" des Kindes (siehe dazu oben 2.2.4.2.) eine Beweislastumkehr vorgenommen³. Dies ist aus dem selben Grund zutreffend, der letztlich auch für die Beweislastumkehr in Bezug auf die Kausalität der Unterlassung für den eingetretenen Schaden ausschlaggebend ist.

Den Eltern kann nicht zugemutet werden, ihre nicht nachprüfbare persönliche Einschätzung der familiären Situation nachweisen zu müssen. Würde man dies verlangen, wäre das tatsächliche Durchsetzen der Schadensersatzansprüche so gut wie ausgeschlossen.

1 BGHZ 89, 95 (103)

2 BGHZ 61, 122

3 BGH NJW 1985, 673

6. Zusammenfassung

Ein Arzt, der durch eine Fehlinformation oder durch ein anderes Verschulden einer Frau die Möglichkeit nimmt, sich für oder gegen einen indizierten Schwangerschaftsabbruch zu entscheiden, ist den betroffenen Eltern aus einer Reihe von Rechtsgründen zur Leistung von Schadensersatz verpflichtet.

Aus der Verletzung des Behandlungsvertrages können die Eltern den Ersatz des gesamten Unterhaltsaufwands für ihr behindertes Kind verlangen. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Eltern verheiratet sind oder nicht.

Weiter können die Eltern aus positiver Vertragsverletzung die Kosten der Geburt, die Kosten der notwendigen ärztlichen Behandlung und einen eventuell entstehenden Verdienstausschlag als Schäden geltend machen.

Nach der hier vertretenen Ansicht stehen den Eltern - entgegen der Auffassung des BGH - darüber hinaus auch deliktsrechtliche Ansprüche zu.

Die Geburt des Kindes als solche ist als Körperverletzung der Mutter im Sinne von § 823 I BGB zu werten. Die seelische Belastung durch das Haben eines behinderten Kindes ist, sofern sie medizinisch erfaßbar ist, eine Verletzung der Gesundheit sowohl der Mutter als auch des Vaters. Aus der Verletzung dieser Rechtsgüter entsteht ein Schmerzensgeldanspruch gemäß § 847 I BGB.

Als Ausformung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts besteht ein Recht der Eltern auf Familienplanung.

Wird dieses Recht verletzt und wird den Eltern ein Kind aufgezwungen, das sie nicht wollten, so macht sich derjenige schadensersatzpflichtig, der den Eltern ihre Entschließungsfreiheit für oder gegen ein Kind nimmt.

Aus der Verletzung des Rechts auf Familienplanung entsteht ein Schmerzensgeldanspruch analog § 847 BGB.

Bei der prozessualen Geltendmachung dieser Ansprüche findet zugunsten der Eltern eine Beweislastumkehr über den Umstand statt, ob sie tatsächlich bei einer dem medizinischen Erkenntnisstand entsprechenden Aufklärung einen Schwangerschaftsabbruch hätten vornehmen lassen.

Während somit die Eltern weitgehend wenigstens von den finanziellen Belastungen durch den unterbliebenen Schwangerschaftsabbruch freigestellt werden und darüber hinaus - sofern das überhaupt möglich ist - mit dem Schmerzensgeld auch eine teilweise materielle Kompensation für ihre immateriellen Schäden erhalten können, besitzt das betroffene Kind keinerlei Schadensersatzansprüche.

Das Kind hat weder Ansprüche gegen den behandelnden Arzt, noch kann es Schadensersatz von seinen Eltern verlangen, wenn diese im Bewußtsein einer genetischen Gefahr das Kind dennoch gezeugt haben oder keinen Schwangerschaftsabbruch haben vornehmen lassen. Es ist allein auf die Unterhaltspflicht seiner Eltern angewiesen und bei deren Tode möglicherweise auf die Sozialhilfe.

Dies erwähnt auch der BGH und rechtfertigt die wirtschaftliche Schutzlosigkeit des Kindes damit, daß sich hier ein schicksalhafter Verlauf verwirklichen

würde, auf dessen Abbruch das Kind selbst keinen Anspruch haben könne und dessen Auswirkungen von der Allgemeinheit ausgeglichen werden müßten¹.

Doch kann hier die Berufung auf das Schicksal nicht befriedigen². Es waren keine schicksalshaften, unänderlichen Geschehensabläufe, die in den vom BGH entschiedenen Fällen zur Geburt der Kinder geführt hatten, sondern menschliches Verschulden der behandelnden Ärzte.

Dem BGH ist jedoch insoweit zuzustimmen, daß das geltende Recht keine Ansprüche des Kindes zu begründen vermag.

Unser Rechtssystem versagt - glücklicherweise - dann, wenn es darum geht, den Wert menschlichen Lebens zu bestimmen und ihm so einen in Geld auszudrückenden Wert zuzuweisen. Wohin eine Einteilung des menschlichen Lebens in "lebenswertes" und "lebensunwertes" Leben führen kann, zeigt in abschreckender Deutlichkeit die jüngste deutsche Geschichte.

¹ BGHZ 86, 240 (255)

² ebenso: Stürner VersR 1984, 305 f

ANHANG

RICHTLINIEN

des Bundesausschusses der Ärzte und
Krankenkassen über die ärztliche Betreuung
während der Schwangerschaft und nach der
Entbindung
(Mutterschafts-Richtlinien)
(in der Fassung vom 12.12.1980)

Allgemeines

1. Durch die ärztliche Betreuung während der Schwangerschaft und nach der Entbindung sollen mögliche Gefahren für Leben und Gesundheit von Mutter und Kind abgewendet sowie Gesundheitsstörungen rechtzeitig erkannt und der Behandlung zugeführt werden.
Vorrangiges Ziel der ärztlichen Schwangerenvorsorge ist die frühzeitige Erkennung von Risikoschwangerschaften und Risikogeburten.
.
.
.
3. Die an der kassenärztlichen Versorgung teilnehmenden Ärzte treffen ihre Maßnahmen der ärztlichen Betreuung während der Schwangerschaft und nach der Entbindung nach pflichtgemäßem Ermessen innerhalb des durch Gesetz bestimmten Rahmens. Die Ärzte sollen diese Richtlinien beachten, um den Versicherten und ihren Angehörigen eine nach den Regeln der ärztlichen Kunst zweckmäßige und ausreichende ärztliche Betreuung während der Schwangerschaft und nach der Entbindung unter Vermeidung entbehrlicher Kosten zukommen zu lassen.
.
.
.
7. Ärztliche Betreuung im Sinne der §§ 196 RVO und 23 KVLG sind solche Maßnahmen, welche der Überwachung des Gesundheitszustandes der Schwangeren bzw. Wöchnerinnen dienen, soweit sie nicht ärztliche Behandlung im Sinne der §§ 182 RVO und 13 KVLG darstellen. Im einzelnen gehören zu der Betreuung:
 - a) Untersuchungen zum Zwecke der Feststellung der Schwangerschaft sowie Untersuchungen und Beratungen während der Schwangerschaft (s. Abschnitt A)
 - b) Frühzeitige Erkennung und besondere Überwachung von Risikoschwangerschaften - amnioskopische und kardiotokographische Untersuchungen, Ultraschall Diagnostik, Fruchtwasseruntersuchungen usw.

- c) Serologische Untersuchungen auf Infektionen wie Lues, Röteln sowie bei begründetem Verdacht auf Toxoplasmosen oder andere latente Infektionen auf blutgruppenserologische Untersuchungen während der Schwangerschaft....

.
.

.

A.

Feststellung der Schwangerschaft
Untersuchungen und Beratungen
sowie sonstige Maßnahmen während
der Schwangerschaft

.
.

.

- 3. Ergeben sich im Rahmen der Mutterschaftsvorsorge Anhaltspunkte für ein genetisch bedingtes Risiko, so ist der Arzt gehalten, die Schwangere über die Möglichkeiten einer humangenetischen Beratung und/oder humangenetischen Untersuchung aufzuklären.

.
.

.

B.

Erkennung und besondere Überwachung
der Risikoschwangerschaften
und Risikogeburten

- 1. Risikoschwangerschaften sind Schwangerschaften, bei denen auf Grund der Vorgeschichte oder erhobener Befunde mit einem erhöhten Risiko für Leben und Gesundheit von Mutter oder Kind zu rechnen ist.

.
.

.

- 4. Bei Risikoschwangerschaften können neben den üblichen Untersuchungen noch folgende in Frage kommen:

- a) Ultraschalluntersuchungen
- b) Kardiotokographische Untersuchungen (CTG)
- c) Amnioskopien

- d) Fruchtwasseruntersuchungen nach Gewinnung des Fruchtwassers durch Amniozentese
- e) Hormonanalysen bei Verdacht auf Placentainsuffizienz (z.B. Oestrogenbestimmungen im Urin oder Plasma)

5. Von der Erkennung eines Risikomerkmals ab soll ein Arzt die Betreuung einer Schwangeren nur dann weiterführen, wenn er die Untersuchungen nach Nr. 4a) bis d) erbringen oder veranlassen und die sich daraus ergebenden Maßnahmen durchführen kann. Anderenfalls soll er die Schwangere einem Arzt überweisen, der über solche Möglichkeiten verfügt.

.
.
.

C.

Serologische Untersuchungen und Maßnahmen während der Schwangerschaft

1. Bei jeder Schwangeren sollte in einem möglichst frühen Zeitpunkt aus einer Blutprobe
 - a) der TPHA (Treponema-pallida-Hämagglutinationstest) als Lues-Suchreaktion (LSR),
 - b) der Röteln-Hämagglutinationshemmungstest (Röteln-HAH),
 - c) die Bestimmung der Blutgruppe und des Rh-Faktors D (BI-Rh),
 - d) ein Antikörper-Suchtest (AK),
 durchgeführt werden.

.
.
.

Lebenslauf

- 1958 Geboren am 26. August in Heidelberg als Sohn des
Diplom-Chemikers Dr.rer.nat. Arno Debo und seiner
Ehefrau Maria Luise, geb. Klauck.
- 1962 Umzug nach München.
- 1978 Abitur am Albert-Einstein-Gymnasium München.
- 1978/79 Wehrdienst.
- 1979/80 2 Semester Informatikstudium an der Technischen
Universität München.
- 1980 Aufnahme des Studiums der Rechtswissenschaften.
- 1984 Erstes juristisches Staatsexamen nach sieben Semestern
seither Promotion und Referendariat.

